

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Bruna Brum Silva

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, REGIME DE CAPACIDADES E  
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:  
Um estudo acerca da Hipervulnerabilidade

Porto Alegre  
2018

BRUNA BRUM SILVA

**CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, REGIME DE  
CAPACIDADES E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:  
Um estudo acerca da Hipervulnerabilidade**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado ao Departamento de Direito  
Público e Filosofia do Direito da  
Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul como  
requisito parcial para obtenção do grau  
de bacharel em Ciências Jurídicas e  
Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Marques

Porto Alegre  
2018

BRUNA BRUM SILVA

**CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, REGIME DE  
CAPACIDADES E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:  
Um estudo acerca da Hipervulnerabilidade**

Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito Público e  
Filosofia do Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial  
para obtenção do grau de bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dra. Claudia Lima Marques  
Orientadora

---

Me. Lúcia Souza d'Aquino

---

Me. Matheus Linck Bassani

Aos meus pais, Silvana e Neri,  
por serem a força mais genuína que trago  
em mim.

Ao meu irmão Gabriel, por ser  
sempre meu maior presente.

À minha avó, Jardelina, por ser a  
lembrança mais doce e mais saudosa da  
infância (e de toda a vida).

## AGRADECIMENTOS

Trilhar um caminho sozinho não se faz possível. Por menores que sejam os passos eles expressam mudança, eles carregam objetivos, eles deixam para trás certezas, expõem fraquezas e abrem caminho a novas perguntas, a novas possibilidades. Se essa é justamente a graça da vida, que bom que esse caminho - incerto, impreciso e longo – é feito ao lado de pessoas que iluminam e dão sentido aos nossos passos, seja qual for o destino a que eles nos levem.

Nos cinco anos de faculdade, muitas foram as luzes que se acenderam em meu caminho. Agradeço imensamente à minha orientadora, Claudia Lima Marques, por ter sido uma destas luzes. O brilho da genialidade congrega também a virtude de uma mestra que se mantém atenta àqueles que descobrem, apenas na graduação, um espaço de debate, de desafios, de caminhos de saber e de um lugar para crescer como aluno e como ser humano. Meu muito obrigada por ser inspiração, incentivo e direcionamento nessa jornada que apenas começou.

Meus pais, dentro e fora dos limites da faculdade, são a luz guia para qualquer destino. O carinho, amor, dedicação e respeito que vocês, todos os dias, fazem crescer em mim, é o que torna isso possível. Meu amor por vocês é a força que conduz meus sonhos. Vocês são o que mantém meus pés no chão nessa caminhada e, ao mesmo tempo, são as pessoas capazes de me indicar caminhos maiores, mais desafiadores; são a minha certeza de que, não importa a adversidade, sempre encontraremos um tempo para ajustar a rota, juntos.

Agradeço ao meu irmão, Gabriel, por ser o cuidado e o afeto em forma de ser humano. Cada café forte passado, cada abraço, cada palavra de incentivo é o que me confirma que o meu maior presente nasceu oito anos depois de mim.

Aos meus amigos, que seguiram comigo durante os cinco anos de faculdade (e àqueles que estão comigo muito antes ainda) só tenho a agradecer. Em especial, agradeço a Lauren, Alexandra, Rafael, Leonardo por toda a paciência e carinho; ter vocês do meu lado foi o que deu sentido a tudo. Como não poderia deixar de ser, agradeço a quem já oferece o abraço amigo há anos – sem nunca desapontar – e que mesmo longe, sempre se faz presente: obrigada Malu, Carol, Narjana, Sandro, Camila, Nicole e Keila. Vocês me fazem ter a certeza de que, até aqui, os caminhos que segui estão corretos, pois me levaram até vocês.

Agradeço à Lúcia, por ser mais que amiga, família. Obrigada por ter me pego pela mão em tantos momentos e mostrado que é possível, que há espaço para construir futuro, que não se está sozinho. Minha admiração por ti é infinita, assim como o meu carinho.

Agradeço a todos os meus colegas e amigos do Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização” pelas trocas de saber, pelas dúvidas sanadas – por todas as outras despertadas. Em especial a Guilherme, amigo que inspira, que tem o dom genuíno indicar novos rumos quando o caminho parece difícil demais.

Por fim, agradeço à minha turma, 2013/02, cotista, mista, diversificada, com opiniões divergentes, com espaços de fala, com respeito e empatia. Agradeço por ter a oportunidade de estar nesses cinco anos com pessoas que me abriram novos horizontes, que me tiraram da zona de conforto. Agradeço à UFRGS pelo ensino de qualidade, pelo sonho de cursar Direito, pela política de cotas, por abrir as portas à escola pública, ao preto, ao pardo. Agradeço por ter feito parte disso e por ter meus passos também marcados nessa história.

## RESUMO

O presente trabalho visa a realizar uma breve análise sobre o atual *status* protetivo da Pessoa com Deficiência no mercado de consumo, após as modificações inseridas no bojo do Código Civil de 2002 em relação ao regime de capacidades. Sabe-se que a entrada em vigor da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (n. 13.146/2015) reverberou positivamente na construção de uma identidade à Pessoa com Deficiência. Suplementando os objetivos instaurados pela Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estatuto quis consolidar no plano normativo nacional o modelo social de deficiência, realçando os debates em torno da temática como uma questão da sociedade e do Estado. Em continuidade, a disciplina de Direito Privado, em vista de abandonar as concepções liberais que enrijeceram sua tutela a um caráter eminentemente patrimonial, passa a olhar mais para o indivíduo e para seus interesses existenciais, pactuando com a consecução de direitos aos “novos sujeitos” que a Pós-modernidade é capaz de apresentar à disciplina jurídica. Para além dessa construção em torno da valorização existencial da Pessoa com Deficiência, porém, é necessário um sopesamento quanto aos riscos que uma “emancipação insuficiente”, utilizando-se da expressão consignada por Fernando Martins, é capaz de promover à esfera de direitos desse sujeito, atingindo-a tanto patrimonial, quanto existencialmente. Nesse sentido, a análise dos desafios e dos possíveis prejuízos que a inexistência de limites para contratar e para dispor patrimonialmente pode importar à pessoa com deficiência, faz-se mais clara quando observada desde a ótica do atual mercado de consumo – globalizado, massificado e pautado em relações fluídas. Outrossim, a relativização do estado de vulnerabilidade, apontado pelo EPD no art. 10, parágrafo 1º, apresenta questionamentos sobre a proteção da pessoa com deficiência quando consumidora. Assim, quer-se verificar se a “hipervulnerabilidade” ou “vulnerabilidade agravada”, como pressuposto reconhecido à pessoa com deficiência, sofreu alguma alteração em suas bases protetivas desde a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Buscou-se, através de pesquisa bibliográfica e legislativa, utilizando do método hipotético-dedutivo, alcançar os recentes posicionamentos da doutrina em relação ao tema, propondo, ao fim o método do Diálogo das Fontes como pedra de toque entre o microsistema e a lei especial (CDC e o Estatuto).

**Palavras-chave:** pessoa com deficiência – direito do consumidor – diálogo das fontes.

## ABSTRACT

The present work aims at a brief analysis of the current protective status of the Person with Disabilities in the consumer market, after the modifications inserted in the bulge of the Civil Code in relation to the capacity regime. It is known that the entry into force of Law n. 13,146/2015 reverberated positively in the construction of an identity to the Person with Disability. Supplementing the objectives established by the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Statute sought to consolidate the social model of disability at the national level, highlighting the debates surrounding the issue as a matter of society and State. In continuity, the discipline of Private Law, in order to abandon the liberal conceptions that have stiffened its tutelage to an eminently patrimonial character, begins to look more towards the individual and his existential interests, agreeing with the attainment of rights to the "new subjects" which Postmodernity is able to present to the legal discipline. Beyond this construction around the existential valuation of the Person with Disability, however, it is necessary to consider the risks that an "insufficient emancipation", using the expression assigned by Fernando Martins, is capable of promoting to the sphere of rights of this subject, reaching it both patrimonial and existential. In this sense, the analysis of the challenges and possible damages that the inexistence of limits to contracting and dispose can import to the disabled person, becomes clearer when observed from the perspective of the current consumer market - globalized, massified and based on relations flowing. In addition, the relativization of the state of vulnerability, as pointed out by the EPD in art. 10, paragraph 1, presents questions about the protection of the disabled when consuming. Thus, we want to verify whether "hypervulnerability" or "aggravated vulnerability", as a recognized assumption to the disabled person, has undergone some alteration in its protective bases since the Statute (EPD). By means of a bibliographical and legislative research, using the hypothetical-deductive method, it was sought to reach the recent positioning of the doctrine in relation to the subject, proposing, at the end, the method of the Dialogue of the Sources as a touchstone between the microsystem and the special law (CDC and the Statute).

**Keywords:** person with disabilities – Law Consumer – dialogue of the sources.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 MUDANÇAS VALORATIVAS NO DIREITO PRIVADO: DOS INTERESSES PATRIMONIAIS AOS INTERESSES EXISTENCIAIS .....</b>	<b>11</b>
2.1 DOS VALORES PATRIMONIAIS AOS VALORES EXISTENCIAIS NO DIREITO PRIVADO DA PÓS-MODERNIDADE .....	12
2.2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E REGIME DE CAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: EMANCIPAÇÃO INSUFICIENTE?.....	30
<b>3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE CONSUMO .....</b>	<b>54</b>
3.1 DA VULNERABILIDADE À HIPERVULNERABILIDADE: A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE CONSUMO .....	55
3.2 IGUALDADE COM ALMA E COM CALMA: O DIÁLOGO DAS FONTES NA PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE CONSUMO .....	73
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>89</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>92</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A renovação da disciplina do Direito Privado, a partir de uma ótica que colocou a pessoa no centro do ordenamento jurídico, foi a linha condutora ao debate que hoje ressaí em torno da Pessoa com Deficiência como sujeito com um *locus* próprio de direitos e que, gradualmente, constitui sua identidade. A primazia aos direitos existenciais, como cerne do direito privado, advém de um processo de constitucionalização, relegando ao passado a lógica liberal que admitia o sujeito como alguém necessário somente na medida em que preenchesse uma relação patrimonial.

Inicia-se, então, um processo de repersonalização das relações, reordenando os valores e a interpretação jurídica em favor da garantia de direitos ao sujeito. Essa onda despatrimonializadora do direito privado retirou a centralidade do Código Civil de 1916 e desabrochou uma necessidade de dispor tutelas qualitativamente diversas a valores também diversos - como são os valores existenciais.

O plano de fundo a todas essas transformações é, pois, a pós-modernidade. Na disciplina jurídica e na sociedade, a pós-modernidade caracteriza-se pelo contraponto à modernidade. Erigida de elementos como o pluralismo, a narração, a comunicação e o *retour des sentiments*, a pós-modernidade abre espaço ao discurso dos direitos, apontando um modelo de convivência pautado na tolerância.

O intuito de transcender uma garantia formal de igualdade em nome de uma igualdade substancial irá reordenar o sistema em busca da consecução de direitos específicos, a específicos sujeitos, irradiando um processo de descodificação que altera metodologicamente a disciplina de direito privado.

Verificar esse processo nos leva a tratar da pessoa com deficiência e todos os avanços normativos em torno da sua proteção nas últimas décadas. O mais recente, trata-se de legislação nacional, voltada a regular os direitos atinentes a Pessoa com Deficiência e balizar uma nova postura da sociedade em face desse grupo, a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (n. 13.146/2015).

Como não poderia deixar de ser, o plano de atuação do Estatuto entra em convergência com outras leis na medida em que busca regular todos os âmbitos da vida da pessoa com deficiência, conferindo-lhe dignidade e atuação autônoma. Como exemplo, a relação que coloca a pessoa com deficiência como consumidor, presumidamente vulnerável, passa a despertar dúvidas sobre o *status* da garantia com fulcro no novo regramento.

Nesse sentido, buscar-se-á verificar em qual plano trabalham as normas que se prestam determinar o campo de atuação da pessoa com deficiência como consumidora e se há falar em diálogo entre elas.

## 2 MUDANÇAS VALORATIVAS NO DIREITO PRIVADO: DOS INTERESSES PATRIMONIAIS AOS INTERESSES EXISTENCIAIS

O Direito Civil compõe o vértice da disciplina jurídica que vem se destinando a regulamentar as relações entre particulares ao largo da história. Bem por isso, não poderia constituir-se de maneira alijada da realidade social<sup>1</sup>, ecoando sob sua construção aspectos históricos, culturais e filosóficos que deflagram modificações sensíveis no curso da disciplina; não somente sobre o seu conteúdo, mas também quanto ao incremento de novos métodos interpretativos e de uma maior valoração do sujeito, mudando a lógica eminentemente patrimonial que vigorou por longo período e que supunha o Código Civil como centro absoluto do ordenamento jurídico brasileiro.

Entender a perspectiva que nos leva atualmente à busca pela “priorização da pessoa humana, considerada em todas as suas características, potencialidades e diferenças”<sup>2</sup> requer uma breve digressão histórica. A mudança de paradigmas que retira o foco sobre as questões patrimoniais, buscando o protagonismo do sujeito e a valorização dos aspectos existenciais a ele intrínsecos, nos conduz à formulação de uma sociedade complexa que, sob preceitos de igualdade, liberdade e fraternidade<sup>3</sup> busca consignar ideários de justiça social, oscilando entre a abstração e a densificação para determinar a importância do indivíduo, como objeto e como destinatário da norma.

Definir os contornos desse processo nos levará a compreender, como em meio a uma sociedade que se construiu sob as bases do consumismo e sempre deu grande valor à lógica de mercado, as situações existenciais – que se relacionem diretamente com o desenvolvimento da

---

<sup>1</sup> “As normas jurídicas descrevem, como expressão da cultura de um povo, os efeitos criados pelo contato humano intercultural típico de nossos tempos e pelas mudanças radicais de paradigmas e valores da nossa sociedade atual”. (MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 25-63, jan./fev. 2013. DTR/2013/484)

<sup>2</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.1.

<sup>3</sup> Reconhecendo-se o debate sobre a fraternidade na sociedade contemporânea: “O princípio da fraternidade, ainda que de maneira tímida, está presente no ordenamento jurídico brasileiro e pode ser aplicado de diversas vias, mediante a efetivação e ampliação, por exemplo, do princípio da vulnerabilidade, uma vez que não uma definição estanque, comportando um entrelaçamento dos direitos entre si e das exigências sociais para a tutela das pessoas concretas mais débeis em qualquer relação jurídica, seja de cunho privado ou público.” (MUCELIN, Guilherme. “A Fraternidade como meio de reconhecimento da vulnerabilidade existencial no direito contemporâneo” In: MUCELIN, Guilherme; MARTINI, Sandra Regina. *O direito entre a fraternidade e a complexidade: a transdisciplinaridade e o direito*. Porto Alegre, 2018)

personalidade humana<sup>4</sup> - tomaram lugar de destaque no ordenamento jurídico, requerendo a dispensa de uma tutela equitativamente diversa daquela que resguardou as relações patrimoniais típicas do modelo liberal.

A primeira parte deste trabalho se destina a tanto: explorar sinteticamente as modificações que formataram o *status* atual do direito privado, no que diz respeito ao seu câmbio valorativo, passando por um processo de constitucionalização do direito que viabilizou a preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais<sup>5</sup>.

Tal mudança paradigmática decorre, pois, da ressignificação de diversos elementos que, concretizados como princípio ou como norma, solidificam as bases do direito privado como hoje conhecemos.

Compreendendo este aspecto, tratar-se-á da linha histórica que conduz à noção atual sobre a importância dos interesses existenciais desde uma perspectiva da acepção de igualdade, no intento de explicar a reformulação desse conceito como um dos fios condutores para os câmbios valorativos evidenciados no direito privado brasileiro e na mudança de papel desempenhado pelo Código Civil na lógica do ordenamento jurídico.

## 2.1 DOS VALORES PATRIMONIAIS AOS VALORES EXISTENCIAIS NO DIREITO PRIVADO DA PÓS-MODERNIDADE

Determinar a concepção de igualdade serve como a própria diretriz do direito. A igualdade desempenha papel central na democracia, sendo de relevância social e jurídica o seu estudo. É em seu bojo que irão se delinear sucessivos processos de transformação que marcam a sociedade e a sua mutabilidade, desfazendo e reconstruindo parâmetros para firmar as bases e apontar o que é justiça para os povos ao longo de séculos.

No Brasil, a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro de 1916<sup>6</sup> marcava a perpetuação das ideologias liberais burguesas europeias do século XIX. Sua formulação,

---

<sup>4</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. "A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais" In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. vol.1. São Paulo: Atlas, 2016. p.157-188.

<sup>5</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015. DTR/2015/10674

<sup>6</sup> "O Brasil, independente de Portugal desde 7 de setembro de 1922, conheceu dois Códigos Civil. O primeiro, obra culta de Clóvis Beviláqua, aprovado em 1916, entrou em vigor em 1917, colocando fim a longa vigência dos "livros de leis" portugueses, no caso, as Ordenações. O Código Civil sofreu clara influência do *Code Civil*

realizada no período compreendido entre 1860 a 1899, deflagra uma herança da modernidade, inaugurada na França com o *Code Civil de 1804*, irradiando sobre o direito brasileiro os princípios do individualismo e do liberalismo jurídico.

Ao abrigo da lógica liberal, cria-se a figura de um indivíduo que somente interessava ao direito quando em relações patrimoniais, devendo a ordem jurídica assegurar-lhe o tráfego jurídico de aquisição e a manutenção do patrimônio. No sentir de Tepedino, mais um retrato consequente dos pilares que fundaram o direito privado moderno: o contrato e a propriedade.<sup>7</sup>

A visão que imperava era de uma codificação civil como corpo jurídico único, exclusivo e central para determinar as relações e os sujeitos que importavam ao direito privado, enxergando a pessoa humana despida de qualquer aspecto existencial.

A lógica presente na entrada em vigor do Código de 1916 atendia ao mito da completude<sup>8</sup> que, como ensina Bobbio demarca a “admiração incondicional pela obra do legislador por meio da codificação”<sup>9</sup>.

Predominava neste cenário uma confiança na suficiência das leis, sob a crença da completude do diploma jurídico, entendendo que a subsunção das relações desenvolvidas entre os sujeitos do mundo fático encontrava seus perfeitos contornos nas construções imaginadas pelo legislador. A noção de que “a imagem da codificação é a completude: uma regra para cada caso”<sup>10</sup> tomava o Código Civil como um instrumento completo, capaz de compreender, prever e subsumir a totalidade das relações jurídicas às suas disposições.

Compreendido o positivismo como cenário da codificação na sociedade moderna, concebe-se um direito generalista e pujante de abstração social, incitando a supervalorização do critério formal. À luz desse plano, o direito privado volta suas atenções à concessão da maior amplitude possível à autonomia da vontade.

Entendida como a autorização aos particulares para dispor sobre a melhor forma de reger suas relações, a autonomia da vontade consolidava os limites desse Estado liberal sustentado na mínima intervenção. Ao direito clássico competia assegurar a liberdade

---

francês de 1804, das codificações portuguesa, espanhola e italiana, assim como da doutrina alemã Pandectista, por intermédio da destacada Escola de Recife, e também dos códigos e projetos alemão e suíço.” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 45.)

<sup>7</sup>TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. *(Syn)thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012. p. 15.

<sup>8</sup>BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1993. p. 242.

<sup>9</sup>BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1993. p. 242.

<sup>10</sup>BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1993. p. 242

negocial, pautando a limitação do direito subjetivo dos negociantes no próprio direito subjetivo recíproco da contraparte da relação.<sup>11</sup> Ao Estado cabia, tão somente, garantir a segurança jurídica por meio do resguardo de direitos negativos – consubstanciados na exigência de conduta negativa por parte daqueles que pudessem impingir lesão ao indivíduo – e a repressão de ilícitos.

É de relevo, pois, que a esfera de proteção conhecida aqui é aquela calcada nas situações patrimoniais.<sup>12</sup> A pessoa humana tem papel coadjuvante, sendo o valor primordial da sociedade também aquele consolidado pelo Estado e pelas leis – o patrimônio. Esse quadro alimentava o modelo social e jurídico da modernidade e é sobre ele que os traços de uma noção de igualdade começam a se delinear.

Importante ressaltar, contudo, que a concepção de igualdade, até chegar ao ponto inicial de nosso debate – dos valores contemplados pelo direito privado do Estado moderno sob égide do Código Civil de 1916 –, já vinha alterando sua identidade no transcurso dos séculos.

Desde uma concepção filosófica, a igualdade ganha expressividade ainda no pensamento aristotélico, sob uma premissa de que “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, traduzindo a noção de uma igualdade que não contemplava a todos.<sup>13</sup>

Percorrendo a linha histórica que identifica as bases do conceito, Luis Renato Ferreira da Silva<sup>14</sup> traz a delimitação desde a perspectiva da juridicização, ou seja, traça o estudo utilizando como ponto inicial o momento em que o tratamento legal da igualdade passa a adentrar o ordenamento jurídico.

Sob esse recorte, “o primeiro documento jurídico a tratar da igualdade e plasmá-la como regra” é o *Bill of Rights* de Virgínia (1776), desempenhando a função de declarar os

<sup>11</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015. DTR\2015\10674

<sup>12</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. "A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais" In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. vol.1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188

<sup>13</sup> A ideia reproduzida por filósofos como Aristóteles e Platão pautava-se sob a noção de que a “(...) desigualdade é substancial e a igualdade é apenas nominal.” Neste sentir, “A igualdade era considerada como um mero nome que não desempenhava funções materiais entre os seres humanos eis que, além dos nominalismos contemplados pela lei, havia questões de fundo e estas diziam com desigualdades imanentes entre os homens.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 8, p. 146-156, 1993. DTR\1993\462)

<sup>14</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 8, p. 146-156, 1993. DTR\1993\462

homens “como iguais para os seus direitos de liberdade e de independência”; ainda, sob as mesmas bases, a Declaração de Independência dos Estados Americanos deflagra a igualdade como algo “imaneante ao ser humano”. No viés da juridicidade, ainda, somente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) irá concretizar “uma limitação à igualdade que os textos adrede citados anunciaram de forma ampla”.<sup>15</sup>

As gêneses do Estado moderno e da burguesia liberal denunciam o declínio de um sistema feudal pautado em estamentos, condições estanques que determinavam o sujeito do nascimento até a morte. É sob o fervor de uma nova classe que se forma e se determina pelo comércio e acúmulo de riquezas que reivindicações de um tratamento igualitário passam a surgir.

A burguesia, instigada pelo enriquecimento cultural da Revolução Industrial, pedia que se forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no poder. O que, nas palavras de Luís Roberto Barroso “não deixou de ser, na verdade, uma espécie de acerto de contas entre a burguesia já emancipada e a monarquia absolutista”.<sup>16</sup>

De fato, o valor maior dentro dessa sociedade é a liberdade; a igualdade, sob um aspecto capaz de resguardar a ideia de dignidade de todos os homens, já se fazia suficiente aos ideais burgueses.<sup>17</sup> Eis que a edição do conceito de igualdade no modelo liberal aparece então fundado sobre uma igualdade perante a lei.<sup>18</sup>

Aqui o sujeito é tomado em sua abstração, em nome de uma liberdade e de uma presunção de racionalidade, que conduz à noção deste como ser inteiramente capaz de

---

<sup>15</sup> “Despicienda a primazia histórica dos textos da Confederação Americana, a Constituição do Estado Federal Norte Americano não trouxe no seu corpo primitivo a afirmação da igualdade. Apenas com a Emenda XIV, de 1868, é que se agrega a afirmação da igualdade,<sup>6</sup> juntamente com a garantia do devido processo legal que passa a ser o instrumento de correção das distorções da igualdade.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 8, p. 146-156, 1993. DTR\1993\462)

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, p. 717-734, 2011, DTR\2012\688.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, p. 717-734, 2011, DTR\2012\688.

<sup>18</sup> “a ideia de igualdade dos homens – embora já embutida na Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776): “todos os homens foram criados iguais” – é historicamente atribuída à “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789”, que em seu art. 1.º proclamava: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; as distinções sociais não podem ser baseadas senão na utilidade comum.” (BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 2, p. 717-734, 2011, p.2.)



autorregrar a sua própria vida. A concepção do homem se delineia através de um sujeito abstrato, compreendido sob uma perspectiva de igualdade meramente formal.

Do idealismo presente nessa concepção de igualdade absoluta, a noção – mínima – de desigualdade se refaz como resultado do convívio social e dos defeitos morais que deturpam a vida natural.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, ao tratarem do aspecto individualista e voluntarista do direito privado moderno, afirmam que a fraqueza dos indivíduos ou de alguns grupos era algo renegado pela disciplina jurídica da época, em que pese “não se tenha hesitado em conferir a mesma eficácia de incapacidade em razão do sexo (assim o status da mulher no direito privado clássico)” e nos casos de “não sujeitos”, como se estabeleceu em razão da escravidão e do critério de raça<sup>19</sup>.

A ideia de igualdade moderna refuta a necessidade de proteção diferenciada ou de distinção que possa justificar uma atuação intervencionista e/ou reequilibradora por parte do direito. Incorporando-se à lei, a aplicação da igualdade como princípio se vê coibida de considerar peculiaridades em casos concretos, já que a ocorrência destes se expressa em deformações sociais.

Intervenções se faziam concebíveis somente se pautadas no intuito de viabilizar a adstrição ao contrato, ou seja, o respeito ao *pacta sunt servanda*<sup>20</sup>. Nesses casos, a perturbação da manifestação de vontade dava ao ordenamento a possibilidade de liberação dos efeitos do negócio, como expoente de autonomia do sujeito<sup>21</sup>.

A experiência brasileira, traduzida no tratamento concebido pelo sistema do Código Civil de 1916 compreende essa ideia de um homem “elevado”, forte, esclarecido, racional. A identificação de um sujeito mais fraco ou mesmo a necessidade de assegurar direitos especiais não eram contempladas dentro do modelo moderno.

A base cunhada ao Código Civil de 1916 começa a ruir em vista dos próprios preceitos que edificou. A compreensão de uma igualdade formal que não se compadece à intervenção

---

<sup>19</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

<sup>20</sup> Como destaca Paulo Nalin “(...) uma cláusula, à luz do Código Civil de 1916, por mais abusiva que pudesse parecer, nunca era, a princípio, inválida, desde que livremente contratada, ressalvadas hipóteses pontuais, como a do art. 115 do Código.” (NALIN, Paulo. *O contrato pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79).

<sup>21</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015. DTR\2015\10674

estatal para dirimir desigualdades e desequilíbrios e se satisfaz com meras possibilidades abstratas, cria um choque "entre o ideal e o concreto, entre o formal e o material".<sup>22</sup>

A superação dos dogmas da vontade na esfera da autonomia privada e da essencialidade do conteúdo patrimonial para a caracterização dos sujeitos se encaminha à valorização da pessoa engajada no meio social <sup>23</sup>e, portanto, a um câmbio valorativo do individualismo para o solidarismo no direito privado.

A flagrante insuficiência do Estado Mínimo começa um movimento por um dirigismo contratual<sup>24</sup>, a partir da década de 1930 - especialmente com a Constituição de 1934. As diretrizes para um Estado Social começam a ser moldadas a partir de um profundo processo de intervencionismo advindo de exigências de diversos setores sociais que, *a priori*, estavam afastados da ingerência estatal.

A intangibilidade da autonomia privada – tão coerente ao ideal liberal e individualista de proteção jurídica – se mostra insuficiente à proteção dos sujeitos de direito em uma atualidade que aponta para globalização e abstração das relações sociais.

Começam, então, a se tornar rarefeitas as linhas que tão bem delimitavam o Direito Privado e o Direito Público no modelo liberal. A ideia de que "o primeiro tratava de todos os direitos naturais e inatos dos indivíduos" e o segundo "concernia a tutela dos interesses gerais, impondo limites aos direitos dos indivíduos mas somente em razão da exigência destes"<sup>25</sup> era uma marca da rígida separação entre o Estado e a Sociedade no sistema de direito fechado que tomava o Código Civil como diploma básico de toda a ordem jurídica.

Ao mesmo tempo em que o Direito Civil passa a se despir de sua característica totalizante, ao observar que seus postulados e dogmas patrimonialistas não mais dão conta da complexidade das relações como outrora, a preocupação em centrar o direito sobre um sujeito

---

<sup>22</sup>RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. *Direito civil: atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1-24.

<sup>23</sup>AMARAL NETO, Francisco dos Santos. O Direito Civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 61-77. p. 74.

<sup>24</sup>“o Estado Social acrescentou à dimensão política do Estado Liberal, calcada na limitação e controle dos poderes políticos e garantias aos direitos individuais, a dimensão econômica e social, através da limitação e controle dos poderes econômicos e sociais privados e a tutela dos mais fracos. O Estado Social tem, portanto, como nota marcante, a intervenção legislativa, administrativa e judicial das atividades privadas” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 75.)

<sup>25</sup>ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Incidência da Constituição no direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, n. 50, p. 47-60, 1994.

concreto indica os novos ares dessa sociedade, que sai da modernidade, para adentrar a pós-modernidade.

“A pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos; ela se define justamente através da Modernidade que ela não quer ser”<sup>26</sup>. A frase de Erik Jayme, teórico e grande expoente dos estudos da pós-modernidade, oferece a visão sobre qual é a identidade dessa nova era social e jurídica.

A globalização<sup>27</sup>, como elemento que é contemporâneo e central dentro desse câmbio de paradigmas para a pós-modernidade, deflagra uma perda de significado e importância dos aspectos modernos, “como distância tempo e espaço”<sup>28</sup>.

Cláudia Lima Marques, traduzindo a acepção da pós-modernidade de Erik Jayme para a realidade brasileira, fala acerca da globalização atual como “o último período de uma série de impulsos globalizantes, que sofreram na atualidade sua maior intensificação”.<sup>29</sup> Ainda, trabalhando desde uma perspectiva comparativa entre Brasil e Alemanha, a autora divide a globalização em três “ondas”, que constroem o processo ao longo de séculos – tendo como gênese o descobrimento do Brasil.<sup>30</sup>

A fase atual – que constrói as forjas para os câmbios experimentados no Direito Privado – trata da “terceira onda”. O íterim da passagem da segunda à terceira onda passa a ser explicada pela mudança de perfil do homem moderno; o homem do trabalho, da obra e da ação, que se corporifica na nomenclatura “*homo faber*”<sup>31</sup> abre passagem ao homem novo da era pós-moderna: o “*homo oeconomicus et culturalis*”<sup>32</sup>

<sup>26</sup> JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2003. p. 116.

<sup>27</sup> MARQUES, Claudia Lima. Contratos Bancários em Tempos Pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, p. 19-38, 1998, DTR/1998/603.

<sup>28</sup> MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 25-63, jan./fev. 2013, DTR/2013/484.

<sup>29</sup> MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 25-63, jan./fev. 2013, DTR/2013/484.

<sup>30</sup> MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 25-63, jan./fev. 2013. DTR/2013/484.

<sup>31</sup> ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. – 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 27

<sup>32</sup> “Zygmunt Bauman, muito crítico sobre a sociedade do consumo, chamou este novo homem de *homo consumens*. Esta figura provocativa, segundo meu entendimento, é simplificada. Por outro lado, Jean Baudrillard previu a morte do *homo oeconomicus* de Adam Smith. Na economia, alguns autores defendem ainda que o *homo oeconomicus* seria a imagem do homem da economia de nossos novos tempos. Mister afirmar, porém, com Roland Barthes, que a racionalidade não é mais a característica de nossos consumidores, de fato, a motivação de nossos consumidores hoje são outras. Mister concordar que este “modelo ou tipologia socioeconômica humana”

E assim, pois, a noção pós-moderna emerge, da quebra das concepções e certezas da modernidade, derrubando os constructos desse período que não mais conseguia abarcar as dinâmicas da vida do novo século. Na arte, na sociedade e no direito: as rupturas da era pós-moderna começam a ser sentidas e denunciam novos valores para a renovação da disciplina jurídica.

Se a definição técnica que Erik Jayme dá sobre pós-modernidade tem de revisitar os sustentáculos da modernidade para só então contraditá-los, as linhas e os elementos que o autor destaca como cerne do pensamento básico sobre o tema denunciam com plenitude os valores desse novo período.

No sentir de Erik Jayme, a pós-modernidade atende a quatro valores básicos<sup>33</sup>: o pluralismo, a comunicação, a narração e o *retour des sentiments*.

Dentre os valores básicos da pós-modernidade o pluralismo aparece em relevo. Sob uma noção que compreende a “aceitação do não conciliável”<sup>34</sup>, o pluralismo admite que os estilos de vida são variados e denega a pretensão de uma universalidade dos sujeitos.

Na construção de uma pós-modernidade com fulcro na valorização do plural, temos a “proteção da identidade cultural das minorias”<sup>35</sup>, onde a diferença entre os indivíduos passa a ser identificada e, mais que isso, valorada. Como ensina Erik Jayme, o “direito à diferença (*droit à la différence*)”<sup>36</sup> se expressa na compreensão de que cada indivíduo tem sua maneira de ser e que deve encontrar respeito e resguardo à dignidade e ao direito de manifestá-la. Neste sentir “a proteção da identidade cultural das minorias é apenas um aspecto da maneira pós-moderna de ver, onde cada indivíduo pode pretender e alcançar um direito a ser diferente”<sup>37</sup>

Erik Jayme fala sobre uma pós-modernidade que se move pelo pluralismo de sujeitos, de métodos, de fontes, de sentimentos e também de leis. Regular uma sociedade pós-moderna

deve também ser mudada. Assim, em honra de Jayme, vou denominar este *homo novus* da era pós-moderna de *homo oeconomicus et culturalis*.” (MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 25-63, jan./fev. 2013, DTR/2013/484.)

<sup>33</sup> JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003. p. 106.

<sup>34</sup> JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2003. p. 120.

<sup>35</sup> JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2003. p. 121.

<sup>36</sup> JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2003. p. 121.

<sup>37</sup> JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2003. p. 121.

e plural pede uma renovação da matéria que objetiva tratar das situações jurídicas sobre espectros antes não conhecidos pela realidade moderna. Os paradigmas que constroem essa nova realidade dentro do direito, moldando-a a aceitação deste “direito à diferença”, concedem as primeiras diretrizes para a revalorização das características humanas, reorganizando a disciplina jurídica no entorno do sujeito que – tomado em todas as suas facetas – assume posição nuclear.

No direito brasileiro, o “aparecimento de novos sujeitos de direitos”<sup>38</sup> provoca um câmbio dentro da legislação, com o fim de distinguir o campo de aplicação das normas, baseado no aspecto subjetivo do agente – civil, empresário ou consumidor. As próprias relações de fato ganham maior complexidade sob um viés pluralista, a partir do reconhecimento de novas posições jurídicas – logrando disparar, pela primeira vez, um olhar mais detido à criança, ao idoso e à pessoa com deficiência – e da juridicização de questões relacionada ao afeto.

A tradição jurídica que apoiou a construção do Estado Moderno se vê desafiada por essas novas categorias, cujo surgimento no cenário jurídico plural, visa a organizar os dilemas decorrentes de relações conexas que deflagram um caráter “mais despersonalizado, mais desmaterializado e mais desterritorializado da economia pós-industrial”<sup>39</sup>.

A nova realidade jurídica indicada pelo pluralismo pede a participação ativa do intérprete, anunciando a sua função essencial de identificar a “complexidade normativa”<sup>40</sup> e realizar a “conexão necessária com os valores e normas constitucionais”<sup>41</sup>, iluminando a aplicação das leis à luz da proteção e da efetivação de direitos fundamentais.

Como segundo valor da pós-modernidade – e de importância máxima-, Erik Jayme trata acerca da “comunicação”. As mudanças sociais e os avanços tecnológicos imprimem uma realidade dinâmica e global, que transcende fronteiras e minimiza as distâncias limítrofes do mundo moderno.

Nas asas da globalização, a comunicação atua como elemento de interação entre os povos, libertando os sujeitos de uma existência limitada. O contato com o mundo, a

---

<sup>38</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 105.

<sup>39</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 105.

<sup>40</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 105.

<sup>41</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 105.

velocidade, a liberdade: traços de uma nova interação social que não se pauta apenas sobre “os meios tecnológicos que permitem a troca rápida de informação e imagens”, atentando também a condições como “a vontade (*Wille*) e o desejo (*Wunsch*) de se comunicar dessas pessoas”<sup>42</sup>, indicando o aparecimento desse elemento como um desejo comum da sociedade pós-moderna.

Claudia Lima Marques assegura que a “nova legitimação do direito, da Justiça estaria na comunicação e no *revival* da autonomia da vontade”<sup>43</sup> em conjunto com a valorização do tempo e do direito concebido como instrumento da informação. A comunicação é legitimadora do consentimento do indivíduo, à medida que oportuniza-lhe a informação e o esclarecimento.

Contudo, ao tratarmos da comunicação como sustentáculo da pós-modernidade, é preciso considerar o seu contraponto. A ideia de comunicar-se em nível global, viabilizada, por exemplo, pelas redes sociais, pode servir para vulnerar de forma expressiva os sujeitos que se propõem a essa comunicação. É preciso compreender que, desde uma perspectiva globalizada, os Estados deixaram de ser os centros de poder e de garantia da proteção da pessoa humana para que os mercados passassem a atuar em seu lugar.

Essa comunicação facilitada entre os povos é o que viabiliza, também, a globalização econômica e cultural. Eis aqui o esqueleto da chamada “sociedade da informação” para expressar o veloz compartilhamento de conteúdo entre os indivíduos, o que proporcionou, por exemplo, a inclusão de grande parcela da população na sociedade de consumo global<sup>44</sup>.

Erik Jayme ressalta que a comunicação também se refaz em “descrever, contar, narrar”<sup>45</sup>. Logo, como terceiro elemento da era pós-moderna, chama a atenção para aquilo que denomina de “narração” e se traduz em valor composto com a própria comunicação.

A consequência de um impulso comunicativo e da disposição volumosa de informações é vista como narração, desde o ponto de vista da filosofia do direito e das normas

42JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003. p. 106.

43 MARQUES, Claudia Lima. Contratos Bancários em Tempos Pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, p. 19-38, 1998. DTR\1998\603.

44 Sobre o *homo oeconomicus et culturalis* visado desde uma perspectiva consumerista, Marques leciona: “(...) um consumidor pós-moderno (rápido, móvel e emocional), global e local, consciente de sua própria identidade cultural e de seus direitos, ao mesmo como um forte desejo de comunicação com os demais e uma fascinação pelas suas novas liberdades econômicas, como ensina Jayme.” (MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 25-63, jan./fev. 2013, DTR/2013/484)

45 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003, p. 106.



legais. A ideia é que o desenho legal da pós-modernidade toma forma a partir de normas que não somente regulam condutas, mas que “narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades”; por intermédio delas, o objetivo do legislador fica exposto (*ratio legis*), auxiliando na interpretação e na aplicação concreta do direito.<sup>46</sup>

O tradicional método de elaborar normas legais, impondo condutas, não mais assegurariam o alcance dos objetivos como se pressupunha na lógica moderna, sendo crucial a produção de “normas sobre normas” dentro do sistema da narração que preza e legitima a razão através da linguagem.

Por fim, ao anunciar essa época do caos, do ceticismo científico, da multiplicidade e da globalização, o quarto elemento que compõe a distinção da pós-modernidade é o que Erik Jayme denomina *Retour des sentiments*<sup>47</sup>.

O retorno dos sentimentos à disciplina jurídica se caracteriza pela volta da emocionalidade ao direito, pautando uma busca por "novos elementos sociais, ideológicos e/ou fora do sistema".<sup>48</sup> O *revival* do sentimento dentro do direito, em combinação com os demais elementos da pós-modernidade, vai influenciar ao surgimento de novos direitos subjetivos.<sup>49</sup>

Essa característica no direito pós-moderno rejeita a posição moderna de que direito e emoção não se compatibilizam e são excludentes naturais. Contudo, de seus efeitos desponta também a emergência de um novo irracionalismo, atentando contra a estabilidade e segurança institucional ao conceber a influência desses sentimentos e percepções subjetivas no âmbito das decisões e da argumentação jurídica.

A pós-modernidade, construída pelos fundamentos identificados acima, também ressalta a importância de um discurso com fulcro nos direitos, à imagem do que se supunha na modernidade. Todavia, há um câmbio sobre a base do discurso: enquanto a modernidade funda-se em vista dos direitos adquiridos, reproduzindo a ideia de ordem e segurança institucional moderna, o discurso da pós-modernidade constrói-se em face dos direitos

---

<sup>46</sup>MARQUES, Claudia Lima. Contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p. 64-86, abr. 1997, DTR\1997\673.

<sup>47</sup>JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003, p. 107.

<sup>48</sup>MARQUES, Claudia Lima. Contratos Bancários em Tempos Pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, p. 19-38, 1998, DTR\1998\603.

<sup>49</sup>JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2003.

humanos e fundamentais. Eis o "*Leitmotive* ou motivo guia" <sup>50</sup> identificado por Erik Jayme: os Direitos Humanos como únicos valores seguros das transformações constantes do período pós-moderno.

Esse movimento social, cultural e jurídico aponta um novo modo de pensar as relações e os conflitos regulados pela disciplina de direito civil, abrindo espaço para que se organize um modelo pautado na tolerância, no respeito aos sujeitos e aos seus interesses como parâmetro de alcance de uma justiça equitativa.

Consentâneo a esse processo, a construção – e reconstrução – de sociedades que se esfacelaram sob a brutalidade de regimes antidemocráticos e a supressão de garantias básicas, intencionam imprimir um conceito mínimo e inarredável de “condição humana”<sup>51</sup> às relações reguladas pelo direito. Parte daí a preocupação com a implementação de instrumentos capazes de transcender a mera garantia formal, alcançando a substancialidade dos direitos que se corporificam sobre os sedimentos de uma era moderna, e que agora, ganham renovado vigor sob as lentes do processo de constitucionalização do direito privado.

Importante é que a noção que condiciona a ideia de proteção e valorização do indivíduo e de suas diferenças na esfera cível não se altera repentinamente; decorre de movimento que se condiciona na edição adjacente de “estatutos que operam cortes transversos aos tradicionais ramos do direito”<sup>52</sup> e da edição de um texto constitucional que recoloca o homem como centro do universo jurídico .

O processo cunhado como “Era da Descodificação” inicia-se ainda antes da edição das normas constitucionais de 1988 - verdadeira constitucionalização do Direito Civil, - mas pode ser tomado como a gênese da alteração metodológica na disciplina. Esse momento no cenário jurídico começa a despir o Código Civil de 1916 do seu papel de centralidade, outorgando espaço no ordenamento à legislação extravagante<sup>53</sup>, cujas características marcantes se

---

<sup>50</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 120.

<sup>51</sup> ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. – 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 23

<sup>52</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015. DTR\2015\10674

<sup>53</sup> “(...) é ilustrativa desse processo a revogação parcial e paulatina do Código Civil de 1916 por diplomas que vão desde a Lei da Usura (Dec. 22.626/1993) até a Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/1951) e o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964). Também é significativa a inserção do Código Civil vigente dos vícios de lesão e do estado de perigo, assim como a resolução do contrato por onerosidade excessiva, casos em que a intervenção se dá fundada essencialmente no desequilíbrio econômico do negócio.” (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015. DTR\2015\10674)



expressam na dispensa à carga de neutralidade generalizadora do texto do Código Civil Brasileiro (CCB), além do estreitamento da relação entre o direito público e direito privado.

Tem-se aqui o que Fachin<sup>54</sup> refere como a "Virada copernicana", retirando o Direito civil do eixo gravitacional totalizante do ordenamento jurídico, voltando as atenções à Constituição Federal e aos microssistemas especiais, consubstanciados em estatutos. Aos poucos, os valores exclusivamente patrimoniais que ditavam o direito da Era moderna vão abrindo espaço à proteção da natureza humana e a sua existência.

A constatação aqui é de que as situações paradoxais da vida em sociedade<sup>55</sup>, a contrário senso do que se poderia supor, não afastam o direito da realidade social, senão despertam um modelo jurídico que emerge da própria sociedade, elevando o foco sobre a pessoa humana, destacando sua primazia dentro do ordenamento jurídico.

A ressignificação do direito privado desde uma perspectiva constitucional - sedimentada de vez pela promulgação da Constituição Federal de 1988-, denota preocupação em tutelar a pessoa e não mais apenas o seu patrimônio. O interesse existencial, homenageando o princípio central da ordem constitucional que se instala - a dignidade da pessoa humana - dá as linhas sobre as quais o direito civil de viés solidário deverá se edificar.

Os princípios que aparecem no corpo do texto constitucional, concretizando valores não patrimoniais e enaltecendo a existência livre e digna da pessoa humana, figuram como sujeitos de um transplante entre o direito civil e o direito constitucional. A partir disso, observa-se que o direito civil teve seus princípios incorporados à ótica constitucional, evento que rompe com a divisão estanque entre o direito privado e o direito público, propondo um caráter promocional a disciplina.<sup>56</sup>

É bem verdade que o reconhecimento dessa imbricação entre direito privado e direitos fundamentais positivados pela Constituição é recente; Ingo Sarlet, ao traçar um paralelo entre

---

<sup>54</sup> FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. *Revista de Derecho Comparado*, v. 15, p. 243-272, 2009, p. 244.

<sup>55</sup> MUCELIN, Guilherme. "A Fraternidade como meio de reconhecimento da vulnerabilidade existencial no direito contemporâneo" In: MUCELIN, Guilherme; MARTINI, Sandra Regina. O direito entre a fraternidade e a complexidade: a transdisciplinaridade e o direito, Porto Alegre: RJR, 2018.

<sup>56</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. "A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais" In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. vol.1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 157-188

a constitucionalização do direito privado no Brasil e na Alemanha<sup>57</sup>, apresenta o nosso processo como algo iniciado de forma esparsa, por algumas vozes na doutrina privatística, sem grande efeito nos primeiros anos da vigência da Constituição de 1988.

A doutrina e a jurisprudência teriam demorado a acirrar o debate, implementando-o só mais tarde, de forma ampla, o que o autor refere como uma "filtragem constitucional da normativa infraconstitucional"<sup>58</sup>. Obviamente, o contexto político e social anterior a promulgação da Constituição de 1988 foi o entrave à mudança de concepção. O Brasil saía de um regime ditatorial, marcado por uma Constituição (1967-1969) que padecia de ilegitimidade democrática e que não "representava um parâmetro adequado da ordem jurídica".<sup>59</sup> Nesse viés, havia se formado uma postura resistente ao aceite da constitucionalização do direito civil, totalmente justificável dentro do contexto brasileiro que mantinha sua compreensão atrelada aos perigos que a tradução das arbitrariedades constitucionais do Regime de 1967 nas relações privadas poderia representar.

Ao apartar-se dessa tradição moderna, a disciplina jurídica realoca o sujeito no centro do sistema normativo, de onde a preservação de sua dignidade como valor maior a ser assegurado dentro da ordem constitucional<sup>60</sup>, passa a refletir sobre toda a lógica do direito privado. Logo, como princípio acolhido pela Constituição, a dignidade da pessoa humana provoca profundas alterações no direito civil, realizando a "releitura" dos institutos de direito privado com base nos valores da Carta Magna.

Dessa releitura derivam duas consequências principais: a despatrimonialização e a repersonalização.

---

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan (org.) et al. *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35-58. p. 36.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan (org.) et al. *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35-58. p. 36.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan (org.) et al. *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35-58, 2014. p. 36.

<sup>60</sup> "A Constituição Federal de 05.10.1988 agasalhou, no seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) um extenso rol de posições jurídicas expressamente designadas de fundamentais, logo após ter enunciado os princípios e objetivos fundamentais, dentre os quais desponta a dignidade da pessoa humana, expressamente guindada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil." (SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan (org.) et al. *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35-58. p. 38.)

Perlingieri, ao conceituar a despatrimonialização<sup>61</sup>, fala-nos do processo normativo-cultural operacionalizado no ordenamento pela superação do individualismo e da patrimonialidade como fim absoluto, passando a tutelar o indivíduo em si.

Abandona-se a noção da pessoa digna de tutela do direito privado como sujeito abstrato que só se qualifica em função de seu patrimônio e de suas titularidades; sob um viés constitucionalizado, o direito civil passa a se debruçar sobre o tema do indivíduo na relação jurídica, de acordo com o papel que desempenha e com a relevância social da sua atividade.<sup>62</sup>

Do mesmo modo, enquanto o fenômeno da despatrimonialização altera o espectro da importância do patrimônio nas relações jurídicas, a repersonalização do direito atua em paralelo, plantando os valores relacionados ao sujeito e ao seu resguardo pelos institutos do direito civil como cerne da ordem jurídica. A pessoa, considerada em seu conjunto de peculiaridades e em sua importância intrínseca - tão somente pelo fato de ser sujeito de direitos -, torna-se o núcleo do direito civil, do qual as normas - ainda vigentes do Código de 1916 - irão receber nova interpretação e emanar valores diversos daqueles compreendidos na perspectiva patrimonialista; eis, aqui, a mudança valorativa-qualitativa<sup>63</sup> do direito privado.

Essa mudança de perspectiva e de atuação do próprio direito pode levar à noção equivocada de que o patrimônio perde a sua importância na sociedade pós-moderna, moldada em face de aspectos existenciais que não se compatibilizam com a despesa de proteção a um dos objetos demarcatórios da perspectiva liberal no direito.

Todavia, Julia Ribeiro de Castro e Thiago Andrade Souza<sup>64</sup> atentam ao fato de que uma alteração radical nos institutos de direito civil, como a que restou operada refinando a concepção dos institutos desde uma perspectiva humana e não mais patrimonial, não implicam a marginalização das situações patrimoniais. Não houve, de fato, uma redução nas disposições legislativas acerca das situações patrimoniais, mantendo-se as disposições originalmente replicadas no bojo do Código de 1916.

---

<sup>61</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 34.

<sup>62</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. "A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais" In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. vol.1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188.

<sup>63</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. "A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais" In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. vol.1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188. p.158

<sup>64</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. "A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais" In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. vol.1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188

Não obstante, a mudança de paradigmas implementada pela Constituição de 1988, abriu as portas para a alteração interpretativa de diversos institutos de direito civil; o vértice de valores foi alterado e o enfoque sobre a pessoa humana transcendeu as normas constitucionais para alcançar as relações jurídicas no âmbito cível.

Nesse sentido, compreende-se que a importância das relações patrimoniais não ficou alijada do debate jurídico, senão ganhou outra roupagem, sob a problemática de como garantir a existência digna do sujeito desde a preservação do seu aspecto patrimonial.

A doutrina, inclusive, coloca como principal questionamento sobre a divisão das relações patrimoniais e existenciais a sobreposição que, não raramente, esses fenômenos têm um em vista do outro. Tanto o impacto na esfera subjetiva do agente pode ter causalidade com o seu desfalque patrimonial, quanto a reparação de cunho existencial pode procurar reposição em elementos que remetem ao patrimônio. Ou seja, considerá-los separadamente, ou mesmo excluir um elemento em função do outro, não contempla a realidade fática a que o direito se propõe a regular.

De fato, mesmo que a orientação sob uma ótica pós-moderna tenha consignado a relevância do sujeito sobre todos os aspectos do ordenamento, não é plausível ignorar a quase "simbiose" entre a existência do ser humano e o resguardo de seus aspectos patrimoniais para o alcance de valores centrais, como a sua dignidade.

Dada a "Virada de Copérnico"<sup>65</sup> no ordenamento e sua eficiência em "despatrimonializar" o direito civil, passa a operar-se uma funcionalização dos institutos patrimoniais em busca da realização dos valores existenciais da pessoa humana. Ainda assim, sob a égide do fenômeno da "repersonalização" o direito civil passa a se ocupar da "pessoa de carne e osso", concretizando o sujeito inserido em uma relação jurídica e valorando suas aspirações e necessidades.<sup>66</sup>

Desabrocha no direito privado a compreensão sobre a necessidade de uma tutela qualitativamente diversa em face de situações jurídicas que tenham por objeto o desenvolvimento da personalidade humana.

---

<sup>65</sup> No direito privado clássico, o patrimônio era considerado o planeta Terra das relações jurídicas, remetendo à concepção de eixo gravitacional do sistema solar – ou do direito; após Copérnico, descobriu-se que o centro gravitacional era, em realidade, o Sol, que emanava seus raios para todo o sistema, o que se pode traduzir, no novo direito privado solidário, como o câmbio na disciplina jurídica, dada a centralidade que a pessoa assume no ordenamento através da Constituição.

<sup>66</sup>CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. "A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais" In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. vol.1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188. p. 160.

Encontrar essa tutela passa pela adoção de um método hermenêutico que alcance a interpretação<sup>67</sup> dos institutos, sempre pela via constitucional<sup>68</sup>. Esse método, especialmente pelo prisma dos direitos fundamentais, distancia-se dos tradicionais métodos interpretativos porque o conteúdo da norma não é definido por ela própria, mas, ao contrário, deve-se interpretá-la em conformidade com a normativa constitucional, já que o ordenamento jurídico é escalonado e, nele, a Constituição é hierarquicamente superior.

Bem por isso, deve-se atentar a uma concepção que privilegie a máxima eficácia dos direitos fundamentais como expressão da aplicação do direito. A constitucionalização dos direitos conta não mais apenas com a sujeição do juiz à lei, mas carece de sua análise crítica, como meio de controle da legitimidade constitucional. A ciência jurídica deixa de ser meramente descritiva, para ser crítica, especialmente quando o direito se afasta da Constituição<sup>69</sup> e, conseqüentemente, de seu núcleo mais nobre: a dignidade da pessoa humana em sua totalidade, raiz da tutela qualificada aos interesses existenciais.

Nesse cenário, em que as intenções se direcionam aos aspectos existenciais e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais - como proteção constitucional conferida aos particulares - tomam as rédeas do direito privado brasileiro, as transformações ocorridas social e juridicamente, acabam impactando sobre a concepção que a igualdade assume na pós-modernidade, orientada pelos novos valores-guias na disciplina.

Com a pessoa humana no eixo do direito público e do direito privado, a busca por uma proteção mais completa, que abarque as manifestações da personalidade dos sujeitos e garanta-lhes a existência digna, não se coaduna a possibilidade de categorizar as pessoas em um sistema homogêneo, senão de identificar o que as diferencia e, por meio disso, valorizá-las.

---

<sup>67</sup> Para Eros Grau, “a interpretação é uma relação entre duas expressões. A primeira, expressão que porta uma significação, que é objeto da interpretação. E uma segunda, que nós chamamos de interpretação e cumpre a função de interpretante. O texto e aquilo que se extrai do texto, mediante o exercício de interpretação, ou seja, a norma”, estabelecendo que “Não se interpreta a norma. A norma é o resultado, produto da interpretação”. (GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 282-288. p. 283.)

<sup>68</sup> Veja mais: RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 184, p. 149-170, 2009.

<sup>69</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60. p. 39.

Assim, para definir o que é ser igual na sociedade pós-moderna, passamos a ter a necessidade de identificar quem são os desiguais<sup>70</sup> nas relações jurídicas, por quê a desigualdade ocorre e se há remédio jurídico capaz de mitigá-la, ou ainda, eliminá-la.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem<sup>71</sup> brilhantemente referem a "figura do espelho", exemplificando como a igualdade é evidenciada na pós-modernidade. A ideia de ter o "outro como espelho" seria o ponto de partida para identificar a diferença – a própria expressão da igualdade na pós-modernidade; a imagem refletida do outro, da forma como se apresenta, também é verdadeira, mas invertida; diferente.

Essa perspectiva orienta as distâncias compreendidas entre "um e outro estamento ou *status*", ressaltando as diferenças e necessidade de estruturação de um tratamento protetivo na disciplina jurídica. A partir disso as igualdades e desigualdades seriam identificáveis; a possibilidade de ver o "outro como igual", no espaço e no tempo, orienta os elementares esforços do direito privado pós-moderno em superar a desigualdade em vista da diferença, ou, no sentir dos autores, superar a "vulnerabilidade pela fragilidade ou fraqueza de determinados grupos sociais".<sup>72</sup>

Ou seja, a noção que contempla essa nova fase no direito privado procura metabolizar as desigualdades, apontá-las, num sentido que possa ensejar o reconhecimento de diferenças como algo positivo e característico de uma sociedade plural e tolerante como a que se busca firmar nos contornos da pós-modernidade. O reconhecimento das diferenças aponta a necessidade de densificar o conceito, a fim de que além de formal, a igualdade alcance o seu efeito substancial – prático.

Na sociedade que foi dinamizada pela globalização, pelo pluralismo, pela comunicação e pelo retorno dos sentimentos, as diferenças e as desigualdades se multiplicaram proporcionalmente à dificuldade de garantir a substancialidade da igualdade frente aos diversos sujeitos de direitos que integram o modelo social da contemporaneidade.

O câmbio valorativo que vem se construindo no direito privado, focando sobre o aspecto existencial do indivíduo, apontou também a especial fragilidade natural de alguns grupos em relação a outros. É nesse viés, de identificar as diferenças e resguardá-las como

---

<sup>70</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 109.

<sup>71</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 108.

<sup>72</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 108-109.

parâmetro a proporcionar a isonomia entre os sujeitos, que o debate acerca da pessoa com deficiência entrou em pauta.

As mudanças sobre a concepção do indivíduo com deficiência e sobre o seu desempenho dentro da sociedade contemporânea criaram movimentos dentro da disciplina jurídica, que vem há tempo sofrendo ajustes no intuito de encontrar a medida exata de proteção.

A dificuldade principal está em estabelecer mecanismos que não imponham o sufocamento da sua individualidade, mas também se sirvam de limites aptos a resguardar aspectos sensíveis da esfera de direitos dessas pessoas.

Ocupando-se disso, e visando conferir proteção que faça jus ao modelo contemporâneo que privilegia os valores existenciais em vista dos patrimoniais, o direito privado vem trabalhando formas de conceber a essas pessoas um espaço de autonomia jurídica que possibilite a melhor exploração de seus direitos, desde de uma perspectiva igualitária aos demais sujeitos de direitos.

O percurso que nos leva a ideia atual acerca da pessoa com deficiência aponta um caminho tortuoso em busca do reconhecimento de garantias a esses indivíduos. A contemplação da pessoa com deficiência, desde uma perspectiva social, atravessa fases - da discriminação à integração; por óbvio, essas concepções encontram eco no direito e no tratamento jurídico dispensado a essas pessoas.

De fato, o câmbio valorativo no direito civil foi o que trouxe a luz sobre esses sujeitos e os colocou com papel de destaque na disciplina jurídica, ressaindo daí o caráter essencial de se conferir uma proteção especial que resguarde os seus aspectos existenciais e garanta isonomia perante os demais sujeitos.

## 2.2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E REGIME DE CAPACIDADES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: EMANCIPAÇÃO INSUFICIENTE?

A exegese de um projeto constitucional que instituiu a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico consignou o câmbio paradigmático do direito privado da era pós-moderna. O resguardo da dignidade, o debate sobre a igualdade: apenas alguns dos aspectos existenciais que ganharam destaque, refletindo a nova lógica implementada no corpo da disciplina, que reexamina, à luz de preceitos estabelecidos pela Constituição de 1988, institutos que tinham suas raízes ainda vinculadas a aspectos eminentemente patrimoniais.



A troca do “ter” pelo “ser”<sup>73</sup>, relegando à patrimonialidade no direito civil ordem de segundo plano, funcionalizou uma atuação dos institutos do direito privado – ainda na constância do Código Civil de 1916 – que transcendeu a dimensão econômica do sujeito, alcançando seus interesses extrapatrimoniais e servindo-se da ideia do “patrimônio como esfera de poder”<sup>74</sup> somente na medida em que esse realiza os valores consagrados pela Constituição.<sup>75</sup>

Essa renovação da disciplina que permitiu “que a pessoa, antes vista como sujeito de direitos patrimoniais, também seja tutelada por direitos fundamentais em seus diversos interesses”<sup>76</sup>, consignou os valores do direito contemporâneo, o qual, ainda que sob uma perspectiva constitucionalizada, encontrava-se em contínuo processo de alijamento do texto consolidado no diploma civil de 1916.

O lume que edificaria, então, os câmbios valorativos experimentados no bojo do direito privado, seria a edição de um novo código, assentando legislativamente as modificações que culminaram na derrocada do modelo moderno, desde uma perspectiva jurídica, denunciando o eco das metamorfoses sociais e históricas sobre a disciplina.

No entanto, a doutrina chama atenção ao fato de que o Código Civil de 2002, talvez, não tenha sido a melhor expressão dessa inovação<sup>77</sup>.

Como leciona Gonçalves<sup>78</sup>, a estrutura que amparou o Código Civil de 2002 encontra seu primeiro esboço no Anteprojeto de 1972<sup>79</sup>, trabalhando sob a noção de “preservar, no que

<sup>73</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188. p. 167.

<sup>74</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>75</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188. p. 167.

<sup>76</sup> CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) *Direito Civil Constitucional*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188. p. 167.

<sup>77</sup> “Fortemente criticado pelos juristas brasileiros mais progressistas, por ser considerado retrógrado e totalitário, não se pode negar que o Código Civil brasileiro de 2002 – pelo menos temporalmente – é um “fruto” da ditadura militar, que dominou o Brasil de 1964 a 1985, com suas ideias intervencionistas, nacionalistas e de diminuição da importância do indivíduo perante a coletividade, mas que acabou aprovado e teve sua vigência iniciada em governos de centro-esquerda.” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 82.)

<sup>78</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40.

<sup>79</sup> REALE, Miguel. Anteprojeto do Código Civil (1972). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 9, n. 35, p. 3-24, jul./set. 1972. Disponível em:



fosse possível, e no aspecto geral, a estrutura e as disposições do Código de 1916”. A reformulação verdadeira, porém, consigna-se em novos valores éticos e sociais que devem orientar e ser aplicados pela técnica jurídica, além da superação das concepções individualistas.

De fato, o longo período que compreendeu a edição do texto e a sua entrada em vigor permitiu que se refinasse o conteúdo do diploma, com base nas leis esparsas e na própria Constituição de 1988 que imprimiram um corte no curso do processo legislativo do novo Código Civil, gerando descompassos que se já se fizeram sentir desde o início de sua vigência.

A “fragmentação e descodificação”<sup>80</sup>, que imprimiam as características pós-modernas no direito privado, não foram tendências seguidas pelo Código Civil de 2002, que rumou à unificação das obrigações civis e comerciais, retirando, todavia, a ideia deste diploma como lei global<sup>81</sup>, tendo em vista resguardar a chamada “autonomia doutrinária do direito civil e do direito comercial”<sup>82</sup>.

Por outro lado, as sensíveis mudanças em relação à concepção do sujeito no direito já ganharam destaque desde a formulação do Anteprojeto de 1972, sendo salientado por Miguel Reale o “realce à disciplina dos chamados 'direitos da personalidade'” que, contemplados pela Parte Geral do Código Civil, visavam a preservar valores da subjetividade, como os que diziam respeito ao corpo, à imagem, ao nome e a intimidade dos indivíduos, “pondo a pessoa no fulcro do ordenamento jurídico”<sup>83</sup>.

Transcorrido o caminho entre os primeiros apontamentos da nova codificação civil e sua efetiva promulgação em 10 de janeiro de 2002 (Lei n. 10.406/2002) – com vigência a partir de 2003 –, tem-se, inegavelmente, a busca pela concretização de um direito privado

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 maio 2018.

<sup>80</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 83.

<sup>81</sup> É o caso da disciplina de direito do consumidor, sobre a qual o Código, como em admissão tácita à pluralidade das fontes do direito privado, preservou a total autonomia do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), permitindo que o diploma assumisse a tarefa de regular especialmente as relações de consumo.

<sup>82</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 41.

<sup>83</sup> REALE, Miguel. Anteprojeto do Código Civil (1972). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 9, n. 35, p. 3-24, jul./set. 1972. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 maio 2018.

mais solidário, atento a um papel que se contrapõe à abstração nada funcional ou protetiva<sup>84</sup> que conglomerava as normas do diploma de 1916.

A identificação da diferença – como aporte da própria condição substancial de igualdade - constitui elemento decisivo desse novo direito privado editado no corpo do Código Civil de 2002. Como expressão desse movimento, o título que visa a cuidar dos direitos da personalidade ganha evidência, declarando normas acerca do exercício e da medida da personalidade do sujeito com base em sua capacidade. Tal aspecto deflagra, em certa medida, um caráter reducionista da pessoa, uma vez que toma, em vista do discernimento para autogovernar-se, a proporção da autonomia devida ao sujeito no exercício de direitos.

A noção de capacidade é trabalhada no direito civil já muito antes da edição do diploma de 2002. Na ordem brasileira do Código de 1916, ao dispor o art. 2º da lei a proposição de que “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”<sup>85</sup> já se consignava a noção de capacidade como uma medida da personalidade do agente, imbricando os conceitos de uma forma praticamente indissociável.

Nas linhas traçadas pelo Código Civil de 2002, todo ser humano é pessoa desde uma acepção jurídica e, por isso, considerada sujeito dotado de personalidade. A personalidade jurídica, a qual o código confere proteção é, pois, compreendida como a projeção social da personalidade psíquica, íntima<sup>86</sup>, de cada um dos sujeitos, constituindo franco liame com a proteção da dignidade que se visa prover sob o viés existencial do direito civil.

Em que pese a dispensa de proteção a todos os sujeitos em função do seu mero reconhecimento como pessoa, os contornos do verdadeiro exercício da personalidade, orientando os limites da autonomia cunhada a cada indivíduo, não se estampam de forma tão evidente e ampla. De fato, é a personalidade civil que constitui o sujeito de direito de que trata o art. 1º da lei 10.046/2002.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 88.

<sup>85</sup> Art. 2º. Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. (BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2018.)

<sup>86</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 137-156.

<sup>87</sup> “(...) conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462, 1718) , que permanecem em estado potencial. Se nascer com vida adquire personalidade, mas se tal não ocorrer nenhum direito terá.” Diniz, Maria Helena. Parte Geral. In: *Novo Código Civil Comentado*. Coordenação Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 123

Impende reconhecer, todavia, que tornar o homem sujeito de direitos não compreende em absoluto os desdobramentos de sua autodeterminação<sup>88</sup>. Para além disso, faz-se necessário a indicação do espaço de liberdades conferido pela disciplina jurídica, em que o verdadeiro aspecto que lhe garanta ocupar posições jurídicas, titularizar relações e contrair obrigações declare-se, em nítida expressão à extensão que a personalidade pode alcançar: a capacidade.

Venosa leciona acerca da capacidade dividindo o tema entre “capacidade de direito” e “capacidade de fato ou de exercício”<sup>89</sup>.

Pelo autor, a capacidade de direito compreende todos os seres humanos, sendo a capacidade de gozo ou aquisição de direitos. Nessa ótica, a capacidade jurídica muito se aproxima do sentido de personalidade, sendo-lhe acepção conexa, uma vez que a capacidade jurídica se ajusta ao conteúdo da personalidade na medida que a fruição do direito depende de um agente que dele se utilize.

Carnellutti<sup>90</sup> conceitua capacidade jurídica como a “medida da personalidade reconhecida a cada homem, ou em outras palavras, a medida de sua participação no ordenamento jurídico (...)”, acrescentando que a personalidade dos homens não é algo uno, de modo que também não há identidade entre as suas capacidades jurídicas. Logo, como complementa a noção de Gonçalves sobre a matéria, “(...) não há restrições à capacidade, porque todo o direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se.”<sup>91</sup>

Sob essa perspectiva, identifica-se que a noção adotada pelo Código ao tratar da capacidade de direito faz menção à acepção etimológica da palavra, concebendo a capacidade de direito sob o aspecto de “aptidão, competência; faculdade que torna apto”<sup>92</sup>.

Há, portanto, uma presunção que contempla o conceito de capacidade jurídica como plena, cumprindo homenagem aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como reverberação da matéria no desenvolvimento dos sujeitos no campo da autonomia privada.

Por outro lado, o entendimento que se trabalha em torno da capacidade de fato é o que atinge o sujeito em sua esfera de disposição, de titularidade de relações jurídicas. No sentir de

---

<sup>88</sup> NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 170-186, jul./dez. 2006. p. 3.

<sup>89</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 151.

<sup>90</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1942. p. 113.

<sup>91</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96

<sup>92</sup> DICIONÁRIO DO AURÉLIO. *Verbetes: Capacidade*. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/capacidade>>. Acesso em: 29 maio 2018.

Venosa, a capacidade de fato ou de exercício difere-se da capacidade de direito por aquela contemplar a noção de “(...) aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações”<sup>93</sup>. Ou seja, esse prisma que compreende o exercício da capacidade como algo condicionado à medida da ação que pode ser executada pelo próprio sujeito, trata-se da capacidade de fato.

Gonçalves, corroborando a aceção, admite a capacidade de fato como “a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil”<sup>94</sup>. Sob um traçado simplório, a capacidade de fato constituiria parte integrante da capacidade de direito, sendo a partir dela, porém, identificado o agente que pode integrar relações jurídicas, desfrutando de esferas de poder por vezes sonegadas pela legislação a alguns sujeitos.

A conjunção da capacidade de direito com a capacidade de fato logra ao sujeito a plenitude na disposição das prerrogativas que a ordem jurídica lhe atribui, sem a necessidade de intermediadores que venham a prover o exercício desses direitos, portanto.

No texto promulgado em 2002, o Código Civil delegou à matéria de capacidades o tratamento pelos artigos 3º e 4º<sup>95</sup>, compreendendo a existência de sujeitos aos quais a capacidade de fato deveria ser restrita, uma vez que, por questões de saúde ou fatores reflexos da idade, não disporiam da necessária compreensão para titularizar relações jurídicas cuja complexidade demandasse um maior discernimento. A estes, a legislação tratou de designar e diferir como absoluta ou relativamente incapazes de exercer os atos da vida civil.

Dessa forma, o artigo 3º, na redação original do código, consignou três incisos à absoluta incapacidade, elencando, pois, os menores de dezesseis anos, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Em sequência, o art. 4º do diploma relacionava os sujeitos designados como relativamente incapazes, atribuindo tal característica aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, aos ébrios habituais, aos viciados em tóxicos, àqueles que, por deficiência mental tenham o discernimento reduzido, aos excepcionais sem desenvolvimento mental completo, àqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade e aos pródigos, fazendo ainda menção à capacidade dos indígenas, cuja regulação dispõe de lei especial.

---

<sup>93</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 142.

<sup>94</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

<sup>95</sup> BRASIL. Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Nesses termos, o código se propôs a tratar das exceções à regra da capacidade e, logo, dos sujeitos que precisavam de um resguardo diferenciado aos seus interesses, mitigando a esfera de exercício desses indivíduos com base em critérios abstratos sobre o nível de compreensão que a lei poderia lhes atribuir quanto à responsabilização e entendimento prático de alguns atos.

Esse posicionamento, se por um lado buscou estatuir medidas prévias de proteção aos sujeitos identificados no rol dos artigos, por outro, ao limitar a autonomia desde uma perspectiva que visa à proteção dessas pessoas tomando por base uma aceção que as rotula como eminentemente “incapazes”, acabou - senão contribuindo - reproduzindo uma lógica de exclusão social dentro de um diploma legal. Aqui, então, o nexu do tema ao tratamento jurídico da pessoa com deficiência.

“O direito civil não se preocupou com a pessoa com deficiência como um gênero”<sup>96</sup>. A afirmação trazida por Lima, Vieira e Silva já compreende muito da concepção alimentada acerca da pessoa com deficiência ao longo do tempo e perpetuada, quase inconscientemente, pelo diploma civil. A ideia de contemplar o único espaço em que a pessoa com deficiência aparece com destaque no Código, atrelando a sua menção à incapacidade de exercício, justamente da ampla gama de direitos que o próprio diploma regula, carrega um caráter excludente, amparado em uma tutela que, se ora protege, ora também estigmatiza.

Se a noção de incapacidade no direito privado aparece vinculada à ideia de resguardar o sujeito de sua própria inabilidade ou falta de discernimento com a complexidade dos atos da vida civil, a ideia que subjaz a caracterização da pessoa com deficiência como incapaz tem carga valorativa que desponta muito além do nominativo legal dado à palavra.

A compreensão acerca da deficiência se modificou ao longo do tempo<sup>97</sup>, sendo explicada por diversos modelos que revisitam a ideia social que circundava a imagem da pessoa com deficiência já desde a perspectiva clássica. Inicialmente, a Antiguidade Clássica e

---

<sup>96</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017. p. 26.

<sup>97</sup> “É possível sintetizar o processo histórico em distintos momentos que se caracterizam, respectivamente, por uma primeira fase, de extermínio das pessoas com deficiência, seguida pela exclusão caritativa e cultural, até a fase contemporânea, iniciada no século XIX, que se subdivide em integração instrumental, inclusão e, por fim, emancipação.” (FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28)

a Idade Média partiam de uma premissa religiosa para compreender a deficiência, o chamado modelo da prescindência<sup>98</sup> ou da dispensabilidade.

Tal modelo assentava-se sobre premissas religiosas, admitindo a deficiência como uma espécie de “castigo” derivado da ira dos deuses. Essa perspectiva, que atribuía ao sobrenatural a existência de pessoas com problemas físicos ou mentais dialogava com a religiosidade que era a resposta encontrada pelas civilizações antigas para questões não constatáveis de forma empírica e, ademais, aspecto que permitia a coesão dentro desses modelos sociais.

Assim, a deficiência tinha relação com um castigo atribuído pela divindade, como modo de repressão à pessoa, aos seus familiares, ou ainda, indicativo de que piores consequências poderiam decorrer da manutenção da postura que o sujeito adotava em suas relações. Todo esse quadro encaminhava a pessoa deficiente a uma profunda exclusão social, porquanto a pecha que lhe acompanhava desde o nascimento até a morte era de uma desaprovação, de um castigo divino.

A ideia de que a sociedade prescindia da pessoa com deficiência alcançou dois patamares no modelo da Antiguidade Clássica.

O primeiro, submodelo da eugenia, entendia que as crianças com problemas de deficiência representavam um fardo e que suas vidas não eram dignas de resguardo, pois em nada acresciam às famílias, tampouco à sociedade, tornando corriqueira e justificável a prática de infanticídios; o segundo submodelo - da marginalização - relegava à pessoa com deficiência espaços de exclusão social. A manifestação do modelo de dispensabilidade sob uma perspectiva discriminatória, em função da disseminação do cristianismo, alijava os sujeitos conscientemente, com o intuito de manter a paz e a normalidade social. No máximo, o bem-estar da pessoa com deficiência, sob a égide desses modelos, condicionava-se à caridade; em contrapartida, grande parte dessas pessoas, se sobreviviam, acabavam sendo relegadas à miserabilidade, à exclusão, quando, ainda, não eram submetidas a condições vexatórias e degradantes em vista do entretenimento alheio<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup>CUENTOS GONZALES, Glenda. *Discriminación de las personas con enfermedad mental*. Disponível em: <<http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/18006/7/TFM%20Cuetos%20Gonzalez%2c%20Glenda.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

<sup>99</sup>Sobre o tema: ALVES, Mona Liza. *The Barnum & Bailey: Um mergulho nas bizarrices do circo dos horrores*. 01 set. 2015. Disponível em: <<http://universoretro.com.br/freak-shows-um-mergulho-nas-bizarrices-do-circo-dos-horrores-do-seculo-19/>>. Acesso em: 19 jun. 2018; FATOS CURIOSOS. *7 pessoas com deficiência que eram expostas nos circos do passado*. 14 out. 2015. Disponível em: <<https://www.fatosdesconhecidos.com.br/7-pessoas-com-deficiencia-que-eram-expostas-nos-circos-do-passado/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

As convicções em torno da pessoa com deficiência passam por um câmbio somente quando se abandonam por completo as concepções religiosas atinentes ao tema.

Esse marco histórico alinha-se a questões como o avanço científico, tecnológico, superando a religião como fonte do conhecimento e abrindo espaço às ciências. Ainda há, sob esse modelo, uma pecha de “desnecessidade” dessas pessoas, contemplando socialmente de forma plena somente os sujeitos capazes de serem reabilitados.

É de se considerar, porém, alguns anacronismos entre esses períodos que, didaticamente, buscam explicar a caracterização da deficiência ao longo do tempo. Especialmente sobre a deficiência mental. Foucault, ao tratar da história da loucura no período clássico observa que as primeiras tendências de internamento das pessoas consideradas “loucas”, não atendiam a qualquer critério médico, psicológico ou psiquiátrico “não tendo nenhuma unidade institucional além daquela que lhe pode conferir seu caráter de ‘polícia’”<sup>100</sup>. Ou seja, o alijamento que as internações promoviam no período clássico voltavam-se à criminalização da loucura e de outras situações de sujeitos compreendidos como dispensáveis sob convívio social e de tudo aquilo que a sociedade entendia como agressivo aos padrões de racionalidade que se estabelecera.<sup>101</sup>

Passar ao segundo modelo, o chamado Modelo Médico, implica adotar postura no sentido de “ocultar” os sinais da deficiência para só então promover a integralização desse sujeito à sociedade.

Dado o fim da Primeira Guerra Mundial, o número de feridos em campo de batalha devolveu ao mundo e ao convívio social muitas pessoas com problemas físicos e/ou mentais, derivados das batalhas em campo. Esse fato serviu como orientação à concretização do chamado modelo médico reabilitador. O mundo moderno já conhecia, em parte esse modelo, mas sua ascensão mais efetiva – especialmente em termos legislativos – consolida-se desde o marco histórico da Primeira Guerra.

Os paradigmas que alimentavam esse modelo médico foram, então, se modificando ao longo do século XX por motivos externos, como por exemplo a sensação de dívida social com

---

<sup>100</sup>FOUCAULT, Michael. *A História da Loucura*. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 116.

<sup>101</sup> Foucault complementa, ao adentrar o capítulo da Experiência da Loucura, a noção de quem eram as pessoas submetidas às internações forçadas: “A partir da criação do Hospital Geral, da abertura (na Alemanha e na Inglaterra) das primeiras casas de correção e até o fim do século XVIII, a era clássica interna. Interna os devassos, os pais dissipadores, os filhos pródigos, os blasfemadores, os homens que “procuram se desfazer”, os libertinos. E traça, através dessas aproximações e dessas estranhas cumplicidades, o perfil de sua experiência própria do desatino” (FOUCAULT, Michael. *A História da Loucura*. São Paulo: Perspectiva, 1972. p. 124.)



os veteranos de guerra que lutaram por seus países e lograram deficiências em função disso, despertando na disciplina jurídica um movimento pelo amparo desses sujeitos, sob a forma de concessão de benefícios.

Contudo, os pequenos avanços dessa construção não desconsideram a ideia nuclear do modelo médico, o qual afastava a noção de deficiência como uma questão da sociedade e a relacionava diretamente ao sujeito. Sob essa ótica, o Estado não teria porque interferir na vida, na integração ou mesmo tutelar esses indivíduos de maneira diferida.

O modelo médico partia de uma “visão de sociedade homogênea, na qual cada indivíduo deveria atender certas expectativas, especialmente como agente econômico, para ser considerado parte dessa sociedade”<sup>102</sup>, ou seja, sob um viés jurídico – e em referência aos modelos minuciados no ponto anterior deste trabalho – o modelo médico subsumia-se à contemplação moderna e liberal de sociedade.

Esse liame que remete, mais uma vez, às concepções individualistas dentro e fora do direito no modelo moderno, permite que se estabeleça uma lógica entre o *status* da matéria jurídica e da condição social da pessoa desde a perspectiva do modelo médico. Isso porque, as “expectativas” de que tratava esse modelo revisitam a noção patrimonial que forjava, especialmente, o direito privado moderno, sob os ideais burgueses que garantiam a autonomia e a disposição de direitos com base da medida do sucesso patrimonial que cada sujeito era capaz de prover com as ferramentas que o direito lhe delegava.

A relação do deficiente com a sociedade era, pois, determinada pela sua capacidade de superar a deficiência.<sup>103</sup> Nesse sentido, dois posicionamentos atendiam ao modelo médico: ou a pessoa com deficiência era institucionalizada ou, de alguma maneira, deveria suplantar a sua diferença aos demais sujeitos. As respostas sociais às pessoas com deficiência constavam da sua capacidade de se tornar iguais às demais, prevalecendo uma consciência de “normalização”<sup>104</sup> desses sujeitos, processo que de um lado originou atrocidades sob as vestes

---

<sup>102</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017. p. 23.

<sup>103</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017. p. 23.

<sup>104</sup> “o doente mental aparece como uma espécie de detrito social a ser escondido. É submetido a um processo de exclusão, segregado e encarcerado em instituições fechadas que, além, de ocultá-lo da sociedade, passam a usá-lo como cobaia em experimentos variados. Despojado da condição de sujeito, é desumanizado e tratado como coisa.” (CHAUÍ-BERLINCK, Luciana. O acompanhamento terapêutico e a formação do psicólogo: por uma



de tratamentos e, de outro, ocultou a identidade desse grupo como detentor de prerrogativas próprias durante muito tempo.

Ou seja, admitindo que a deficiência se consubstanciava em entrave ao cumprimento das “expectativas” dessa sociedade em relação ao indivíduo, o modelo médico propunha a reabilitação e erradicação da deficiência<sup>105</sup>. Nessa compreensão, era responsabilidade do sujeito tratar a deficiência para que passasse a integrar a sociedade, pois as limitações funcionais e os problemas psicológicos derivavam de uma anormalidade biológica e a falta de ingerência do Estado sobre esse aspecto, isentava-o de qualquer ação que não fosse um amparo caridoso.

Logo, o modelo médico ou de reabilitação apresentava debilidades, porquanto a única resposta a uma impossibilidade de reabilitação era, de fato, a exclusão do sujeito. A noção que se propagava através dessa perspectiva era de que a sociedade podia manifestar sua exclusão ao sujeito que não se encaixasse aos padrões requeridos; todavia, em que pese esse fomento ao afastamento social da pessoa com deficiência partisse dos indivíduos, a responsabilidade por não conseguir se integrar só a ela pertencia<sup>106</sup>.

No Brasil, os reflexos jurídicos dessa perspectiva se enraizavam ao tratamento dessas pessoas no âmbito legislativo do direito privado. Na obra “O Alienado no Direito Civil Brasileiro”, de Raimundo Nina Rodrigues<sup>107</sup> constam algumas percepções, cunhadas do ponto de vista da medicina legal, sobre o debate ainda rudimentar da deficiência mental e sua relação com as disposições acerca da capacidade no direito civil.

saúde humanizada. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 62, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://seer.psicologia.ufrj.br/index.php/abp/article/view/530/397>>. Acesso em: 20 maio 2018)

<sup>105</sup> D’AQUINO, Lucia Souza. Os regimes de capacidade de fato: desafios do novo direito das pessoas com deficiência. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro/SP, v. 5, n. 2, p. 771-792, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org./10.25245/rdsp.v5i2.137> . Acesso em: 20 junho 2018.

<sup>106</sup> “O surgimento da reabilitação física suscitou o modelo médico de deficiência, concepção segundo a qual o problema era atribuído apenas ao indivíduo. Nesse sentido, as dificuldades que tinham origem na deficiência poderiam ser superadas pela intervenção dos especialistas (médicos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, psicólogos, assistentes sociais e outros). No modelo médico, o saber está nos profissionais, que são os protagonistas do tratamento, cabendo aos pacientes cooperarem com as prescrições que lhes são estabelecidas” (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/historia-do-movimento-politico-das-pessoas-com-deficiencia-no-brasil>>. Acesso em: 22 jun. 2018.)

<sup>107</sup> NINA RODRIGUES, Raimundo. *O alienado no Direito Civil Brasileiro*. Biblioteca Pedagógica Brasileira, v. 165. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/o-alienado-no-direito-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

A obra, datada originalmente de 1901 e inclinada a preceitos do cientificismo e das influências da criminologia de Lombroso<sup>108</sup>, abre discussões sobre a dificuldade prática de se estabelecer disposições que resguardassem o tema da incapacidade e, ainda assim, abarcassem a totalidade das hipóteses que a sociedade e o direito compreendiam como “insuficiência mental”<sup>109</sup>. O autor debate os limites da definição judiciária de loucura discorrendo sobre duas possibilidades.

A primeira seria “renunciar às tentativas de mencionar na lei todas essas causas (...) e limitar-se o legislador a consignar nos códigos a condição da insuficiência legal do indivíduo”<sup>110</sup>, o que orientaria os juízes a um exame concreto dos casos e levaria a um arbítrio que “equivaleria a não ter legislado na espécie”<sup>111</sup>. De outra via, sugere Raimundo Nina Rodrigues a adoção da concepção mais disseminada entre os códigos contemporâneos ao autor, dentre eles, o Código Alemão 1896 (BGB) adotando a conceituação “casuística dos estados de insanidade mental, distinguindo a moléstia mental ou alienação mental, a fraqueza intelectual, a prodigalidade, a embriaguez habitual, os estados de inconsciência ou de perturbações momentâneas de actividade do espírito”<sup>112</sup>.

Importante consignar que este debate expresso nas considerações da obra antecede a promulgação do Código Civil de 1916<sup>113</sup>, o qual viria a concretizar a expressão “loucos de todos os gêneros”<sup>114</sup> nos termos da lei.

<sup>108</sup>Leia mais em: LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013.

<sup>109</sup> “A insuficiência mental para o exercício dos direitos civis é um efeito, uma consequência de causas múltiplas que não podem entrar numa família natural ou constitui-la” (NINA RODRIGUES, Raimundo. *O alienado no Direito Civil Brasileiro*. Biblioteca Pedagógica Brasileira, v. 165. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/o-alienado-no-direito-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 21.)

<sup>110</sup> NINA RODRIGUES, Raimundo. *O alienado no Direito Civil Brasileiro*. Biblioteca Pedagógica Brasileira, v. 165. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/o-alienado-no-direito-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 21

<sup>111</sup> “Na pratica, esse alvitre importaria numa petição de princípio, pois dizer que incapazes são os que pelo estado anormal de suas faculdades mentaes não poderem dar consentimento ou gerir seus negócios, é em ultima analyse, dizer que incapazes são os incapazes de se governar, e não quaes elles são.” (NINA RODRIGUES, Raimundo. *O alienado no Direito Civil Brasileiro*. Biblioteca Pedagógica Brasileira, v. 165. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. Disponível em <<http://www.brasiliana.com.br/obras/o-alienado-no-direito-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 22.)

<sup>112</sup> NINA RODRIGUES, Raimundo. *O alienado no Direito Civil Brasileiro*. Biblioteca Pedagógica Brasileira, v. 165. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/o-alienado-no-direito-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 22.

<sup>113</sup> Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

(...) II. Os loucos de todo o gênero (BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2018.)

<sup>114</sup> “A insuficiência desta última expressão, *loucos de todo o genero*, é no emtanto, manifesta e um jurista pátrio dos mais eminentes, Tobias Barreto (1), já o havia posto em evidencia. A critica magistral que o illustre jurisconsulto submetteu a expressão se conclue por estes termos que bem a resumem: “*Os loucos de todo o*

O verdadeiro câmbio em torno da pessoa com deficiência deriva da segunda metade do século XX, a partir de novos estudos desenvolvidos sob a perspectiva de garantia de vida independente aos sujeitos com deficiência e a organização de movimentos que sustentavam a necessidade de tratamento adequado e autônomo.<sup>115</sup>

A moldura desse modelo social só encontra os paradigmas de valorização dos sujeitos desde o desenvolvimento dos direitos humanos no modelo pós-moderno de sociedade de Erik Jayme. A valorização das diferenças e o direito de ser diferente são orientações que culminam nesse processo de modificação da imagem da pessoa com deficiência dentro da sociedade contemporânea.

O modelo social é, então, aquele que busca atender a uma sociedade diversa, democrática pautada sob o pluralismo. Sua noção compreende que a sociedade homogênea que sustentava a concepção tomada no modelo médico, não traduz todas as diferenças de seus membros e, portanto, não é capaz de viabilizar a integração entre eles. Assim, passa a tomar a sociedade desde uma perspectiva heterogênea, que reconhece os traços que diferem cada um dos indivíduos e, bem por isso, procura abrir espaço para que se desenvolvam e projetem sua autonomia.

Muitos foram os debates que convergiram à adoção desse modelo de participação efetiva do deficiente na sociedade. O modelo social pauta-se pela ideia de um tratamento materialmente igualitário da pessoa com deficiência, abandonando as concepções que tomavam o Estado como agente de caridade a esses sujeitos. Admite, portanto, que existem barreiras que obstam o exercício pleno de direitos a essas pessoas, o que implica sobre a sua liberdade e cidadania, prejudicando a interação em sociedade e facilitando a exclusão.

A legislação brasileira promove esse caráter social já desde a entrada em vigor do texto constitucional de 1988, antes mesmo dos protocolos e convenções que vieram a consolidar o tema no cenário mundial. Como exemplo, toma-se a redação do art. 23 que

---

*gênero*, a somma de todos elles, é sempre inferior ao total dos que são irresponsáveis em consequencia desse desarranjo (na economia phychica), e dahi podem resultar, como de facto tem resultado, não poucas injustiças no exercício da penalidade” (NINA RODRIGUES, Raimundo. *O alienado no Direito Civil Brasileiro*. Biblioteca Pedagógica Brasileira, v. 165. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/o-alienado-no-direito-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 jun. 2018. p. 26.)

<sup>115</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017. p. 22.

determina a competência comum dos entes federativos na proteção e garantia das pessoas com deficiência.<sup>116</sup>

Todavia, a ampla adoção desse modelo começa a refletir, de fato, no cenário jurídico a partir da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, editada pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 2006.<sup>117</sup>

A partir da dita Convenção, passa-se a adotar o termo “pessoa com deficiência”<sup>118</sup>, com o intuito de firmar a subjetividade desses sujeitos, que há tanto ficou relegada e diluída em termos que, politicamente corretos ou não, nunca lhe reconheciam uma identidade, confabulando com a lógica assistencialista e tutelar que acompanhava esses indivíduos.

A adoção do lema “*nothing about us without us*” (em tradução livre “nada a nosso respeito sem a nossa participação”) consigna a diretriz da Convenção editada pela ONU, consistindo na percepção de que, até o momento, as pessoas com deficiência haviam sido coadjuvantes<sup>119</sup> dos próprios direitos – e com lastro nesse instrumento, assumiriam o verdadeiro papel que lhes cabe: o de protagonista.

<sup>116</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.)

<sup>117</sup> Anteriormente, o plano que regulava práticas de assistência e de reconhecimento de direitos às pessoas com deficiência era contemplado apenas como *soft law*, ou seja, não impunha caráter de obrigatoriedade de suas diretrizes. Como descreve Fernando Martins : “(...) é possível constatar documentos não vinculativos de ordem internacional: Programa de Ação Mundial para as pessoas com Incapacidade; Diretrizes de Tallinn para o Desenvolvimento dos Recursos Humanos na Esfera dos Impedidos; Diretrizes para o Estabelecimento e Desenvolvimento de Comitês Nacionais de Coordenação na esfera de Incapacidades ou Órgãos Análogos; Princípios para a Proteção dos enfermos Mentais e para o Melhoramento da Saúde das Pessoas com Incapacidade; e Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Incapacidade” (MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016, DTR\2016\4625)

<sup>118</sup> “Expressões como “pessoa portadora de necessidade especial”; “pessoa especial”; “pessoa incapaz” (...) Na hipótese aqui versada, posso lembrar-me de palavras como “pessoas inválidas”, “aleijados”, “incapazes”, “ceguinhos”, “mudinhos”, as quais, como se verifica, carregam um forte peso de exclusão social e inferiorização.” (FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.)

<sup>119</sup> A disciplina de Direitos Humanos, a qual não se compõe em foco deste trabalho – mas que complementa a matéria aqui disposta, sendo o elemento propulsor para a ascensão do debate sobre a pessoa com deficiência como detentora de direitos – construiu dois degraus de proteção aos sujeitos, sobre os quais importa a breve consideração feita por Piovesan, com o fim de estabelecer uma compreensão mais coerente do status em que a disciplina estava à época da elaboração da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência: “a Declaração Universal e os Pactos invocam a primeira fase de proteção dos direitos humanos, caracterizada pela tônica da proteção geral, genérica e abstrata, sob o lema da igualdade formal e da proibição da discriminação. A segunda fase de proteção, reflexo do processo de especificação do sujeito de direito, será marcada pela proteção

Assim, a Convenção busca “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Ainda, o texto legal se presta a edificar um conceito – e assim, uma identidade – sobre quem seriam as pessoas com deficiência abrigadas pelos termos da Convenção, declinando-as como aquelas que possuem “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.”<sup>120</sup>.

Piovesan, ao tratar acerca da Convenção como a mudança paradigmática que aponta ao Estado deveres para “remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência”, conta que a ótica abordada pela Convenção é completamente inovadora ao reconhecer que a interação do indivíduo com o meio ambiente econômico e social pode ser um dos fundamentos de agravo da deficiência, ou mesmo o seu fator<sup>121</sup>. Ou seja, a Convenção retira a deficiência de um plano individual e a eleva a um plano coletivo – em que se encontram, também, o Estado e a sociedade.

O conteúdo da Convenção é pautado em duas tendências: uma repressiva, que impõe proibições acerca de comportamentos discriminatórios, e outra promocional, que prima pela construção da igualdade substancial. Importante é que a Convenção aponta aos Estados a possibilidade de programar “ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com os demais”<sup>122</sup>. É visando a essas premissas que o direito brasileiro vem traçando sua própria perspectiva acerca da atribuição substancial de direitos à pessoa com deficiência, o que, dentro da linha teórica que se adota neste trabalho, pode acabar incorrendo

---

específica e especial, a partir de tratados que objetivam eliminar todas as formas de discriminação que afetam de forma desproporcional determinados grupos, como as minorias étnico-raciais, as mulheres, entre outros.”

(PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-51. p. 43.)

<sup>120</sup> BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Planalto*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>121</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-51. p. 47.

<sup>122</sup> PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33-51. p. 49.

em vácuos legislativos e, com isso, em uma “emancipação insuficiente”<sup>123</sup> desses sujeitos, retrocedendo nos ganhos perpetrados outrora pela própria Convenção.

No plano nacional, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi ratificada “com *status* de norma constitucional”<sup>124</sup>, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana e inspirando a edição, em nível infraconstitucional, da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência adotou o escopo refletido pela Convenção, visando a consolidar na legislação brasileira a inclusão e a promoção da pessoa com deficiência, contornando todos os aspectos negativos que historicamente foram criando a imagem de um sujeito excluído e sem qualquer ingerência sobre a própria vida.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, atento à metodologia civil-constitucional<sup>125</sup>, atende a uma nova leitura dos dispositivos que assentam o direito brasileiro e que, em certa medida, limitavam as faculdades exercidas pela pessoa com deficiência na condição de cidadã e favoreciam rotulações e uma noção de igualdade meramente formal. No saber de Tartuce, o câmbio que o Estatuto sugere é, essencialmente, a troca da dignidade-liberdade pela dignidade-autonomia.<sup>126</sup>

De fato, a sustentação e as bases pré-legislativas que orientam a construção do Estatuto no plano infraconstitucional, logra de “sustentação correta, humanitária, discursiva, inclusiva e democrática”<sup>127</sup>. O diploma expressa a clara intenção de assegurar o campo da autonomia privada do sujeito como medida de sua identidade, instituindo instrumentos e

---

<sup>123</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016, DTR\2016\4625.

<sup>124</sup> “O processo de internalização da Convenção seguiu um rito especial, instalado por força da Emenda Constitucional n.45, ou seja, foi aprovado pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo n.186, de 9 de julho de 2008, em dois turnos de votação, aprovado por três quintos dos membros de cada Casa, tudo nos dizeres do art. 5º, §3, da Constituição Federal. Referida Convenção foi promulgada pelo Decreto 6.949/2009. Ou seja, seguindo o rito previsto no §3 do art. 5º da Constituição Federal, tivemos nosso primeiro (a até agora único) tratado internacional aprovado com força equivalente à de emenda constitucional” (ARAUJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus reflexos da ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53-54.)

<sup>125</sup> LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017. p. 29.

<sup>126</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 134.

<sup>127</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016, DTR\2016\4625.



modificando aspectos legais que importem em cerceamento, abusos ou ilegalidades pela ótica da Convenção, a qual alinhou a atuação dos Estados signatários ao estabelecimento do exercício de direitos como o poder familiar, a guarda, a custódia, a curatela, e a adoção.<sup>128</sup>

Todavia, em reconhecimento às constatações realizadas por Fernando Martins, não há de se ignorar a ótica de que a inovação proposta pelo Estatuto, por melhores que fossem as intenções, tomou rumos um tanto irresponsáveis ao tratar da emancipação da pessoa com deficiência desde o sensível tema da capacidade civil. Albergando essa compreensão e compondo os traços que se buscam explorar neste trabalho, sintetiza bem o autor o posicionamento de que “ao incapaz a emancipação deve decorrer de forma protetiva, sem espaços para maior exposição aos riscos e prejuízos conhecidos da sociedade de consumo”<sup>129</sup>.

O Estatuto, então, ao adotar como fundamento “promover em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais para pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania”<sup>130</sup> entendeu que parte dessa concretização só se consignaria efetiva se implementado um câmbio em torno da capacidade civil da pessoa com deficiência. E assim o fez.

A edição da norma do artigo 6º da Lei n.13.146/2015<sup>131</sup> deflagra, explicitamente, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, elencando em rol exemplificativo, os

<sup>128</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica-com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>129</sup> E complementa o raciocínio adicionando que “(...) a assunção do “novo” deve se dar de forma possível e real, evitando-se a banalização de direito transnacionalmente reconhecido, preservando-o do mero modismo ou do minimalismo. (...)” (MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016, DTR\2016\4625.)

<sup>130</sup> Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. (BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.)

<sup>131</sup> Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.)

direitos aos quais passa a pessoa com deficiência a ter plena ingerência e titularidade, sem necessidade de um auxílio externo, como antes previa a disciplina.

Nesse sentido, o Estatuto provoca grandes impactos nos diplomas de direito que tem algum ponto de toque com a questão da pessoa com deficiência, alterando não só a interpretação da disciplina jurídica, como também, importando em alterações no texto de lei, como é o caso do regime das incapacidades no Código Civil de 2002.

Lembra-se que, outrora, foi aqui levantada a questão de que o Código Civil não se ocupara da pessoa com deficiência como categoria, dispondo a seu respeito apenas no que tange a proibições, exceções e restrições sobre a sua capacidade e titularidade de direitos. O artigo 6º, pois, instituindo a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, suprime de vez esse sujeito como figura que completava as incapacidades descritas no Código e, de outra via, constrói-lhe uma identidade<sup>132</sup>. A revogação expressa dos incisos I, II, e III do artigo 3º do Código Civil, retira a possibilidade de se enquadrar a pessoa com deficiência em hipótese de “incapacidade absoluta”, restringindo a prática de atos da vida civil tão somente aos sujeitos menores de 16 (dezesseis) anos.<sup>133</sup>

Outrossim, em que pese não revogue – somente altere -, é de grande peso a mudança implementada nos incisos II e III do art. 4º do Código Civil, que passa a adotar o plano da incapacidade relativa somente no tocante aos ébrios habituais ou viciados em tóxicos e aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, mantendo-se inalterada a disposição em relação aos menores entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos e os pródigos.<sup>134</sup>

Como se verifica, a mudança que o artigo 6º da Lei de Inclusão 13.146/2015 promove no corpo do Código Civil retira qualquer ressalva prévia ou restrição ao exercício dos direitos da pessoa com deficiência. Mesmo a hipótese que declinava a incapacidade relativa foi

<sup>132</sup> A figura da pessoa com deficiência passa a aparecer em outros artigos do Código Civil, protagonizando debates como da Curatela (Art. 1.775-A) e da Tomada de Decisão Apoiada (Art. 1.783-A).

<sup>133</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (BRASIL. Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.)

<sup>134</sup> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL. Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.)



subtraída do Código, de modo que os entraves legais ao exercício e titularidade de direitos – como casar, constituir família e titularizar relações jurídicas de contratos - não mais se apresentam para o exercício pleno dos atributos do direito privado pela pessoa com deficiência. Mas, e de fato, concretiza-se essa perspectiva?

Obviamente não se ignora que o Estatuto resguardou institutos<sup>135</sup> como a decisão apoiada<sup>136</sup> e a curatela<sup>137</sup> – que deixa de ser uma regra para abarcar somente casos extremos, por se tratar, justamente da limitação extrema da autonomia da pessoa com deficiência que o Estatuto se propõe a combater – e que a teoria da incapacidade, como se propunha a regular o Código de 2002, não se coaduna a um livre e pleno desenvolvimento da personalidade.<sup>138</sup>

Todavia, não se desconsideram os efeitos “devastadores”<sup>139</sup> que a interpretação desarrazoada da teoria das capacidades no campo dos negócios jurídicos pode lograr à pessoa com deficiência, imprimindo consequências não somente sobre a sua esfera patrimonial, mas

<sup>135</sup> Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. (BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.)

<sup>136</sup> “A tomada de decisão apoiada é um mecanismo de apoio ao exercício da capacidade legal instituído pela Lei 13.146/2015, com o acréscimo do art. 1.783-A e onze parágrafos à redação do Código Civil. Ajuda a que a pessoa com alguma limitação mantenha a sua autonomia mas, visando cercar-se de maior proteção, possa receber apoio de terceiros no processo de tomada de decisão, sobretudo aquelas que implicarem efeitos jurídicos para si e/ou terceiros. A depender do caso, fixa-se o âmbito da vida da pessoa no qual o apoio será conferido. É possível que alguns casos requeiram apoio apenas quanto às decisões jurídicas patrimoniais, enquanto outros demandem apoio para as decisões que impactam na esfera não patrimonial. A necessidade da pessoa requerente é que justificará e identificará o âmbito no qual será apoiada (art. 12 da CDPD, item 3)” (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p.1-34, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018. p. 16)

<sup>137</sup> “(...) a curatela se confirma como uma medida *in extremis* que somente poderá ser utilizada nos restritos limites da necessidade do curatelado e para atender aos seus interesses. (...) Enquanto medida protetiva extraordinária, a curatela somente pode ser deflagrada quando realmente for imprescindível à proteção da pessoa com deficiência, devendo ser sempre proporcional às suas necessidades e às suas circunstâncias, pelo período de tempo mais curto possível (art. 84 e parágrafos primeiro a terceiro, Lei nº 13.146/2015). A sentença que a instituir deverá informar as razões e motivações de sua aplicação e preservar os interesses do curatelado, fixando rigor com os limites da curatela. (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p.1-34, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018. p. 18.)

<sup>138</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016. DTR\2016\4625.

<sup>139</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016. DTR\2016\4625.

atingindo a sua própria existência, especialmente quando se contempla a dimensão que esse aspecto pode alcançar desde a perspectiva do mercado de consumo.

“Pois bem, a autonomia é o atributo que melhor qualifica a pessoa”.<sup>140</sup> De fato, a observação feita por Joyceane Bezerra de Menezes contempla o espírito que iniciou as mudanças no âmbito das capacidades, já desde a Convenção. E antes, contempla a própria incessante busca do sujeito em geral por uma identidade que lhe permita exercer um espaço próprio, onde realiza suas vontades. Foi assim sob a égide de uma concepção patrimonial; foi - e é assim -, a partir de uma concepção existencial.

Ainda sobre a autonomia, a autora coloca a interessante percepção sobre o que seria o seu conteúdo, declarando que ela se faz “centrada na integridade e não, necessariamente, no bem-estar”. Desse modo, apresenta uma perspectiva desde a qual o direito geral de autonomia deve ser respeitado e generalizado “em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que tenham cometido um erro”<sup>141</sup>. Essa ideia, pois, completa a noção de que a pessoa entende o que é melhor para si e que não deve ser tolhida de conduzir a própria vida, mesmo que em incompatibilidade com o que se compreenda como mais adequado.

Importante, porém, a diferenciação sobre a compreensão que os diferentes atos da vida civil demandam. Joyceane Bezerra de Menezes trabalha dois planos: o da prática dos atos civis de matriz patrimonial e o da prática de atos existenciais. Afirma, pois, que “os primeiros envolvem informações mais técnicas e jurídicas, menos subjetivas; enquanto os segundos, estão mais relacionados com vínculos pessoais, às preferências individuais e às circunstâncias específicas da personalidade de cada um (...)”. Essa divisão justificaria a interferência de um curador ou de um terceiro que pudesse amparar a pessoa com “limitação intelectual ou psíquica” ao titularizar relações jurídicas que impliquem competência patrimonial; por outro

---

<sup>140</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018. p. 14.

<sup>141</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018. p. 14.

lado, a mesma pessoa pode ser capaz de “compreender e decidir” acerca de assuntos que toquem ao âmbito de interesses indisponíveis, portanto, se afastando da esfera patrimonial.<sup>142</sup>

Entende-se – e se estima – a perspectiva que busca premir que a pessoa com deficiência alcance a possibilidade de decidir sobre aspectos de sua personalidade, refugando a lógica paternalista e assistencialista que sinalava suas esferas de disposição jurídica. Todavia, a reorientação de todas as deficiências a uma só categoria, tomada como “deficiência funcional”, não dá azo a essa compreensão. Compõe-se, pois, de generalidade e açambarca em um único contexto pessoas que têm como dispor de sua própria vida e, de fato, se encontram limitadas pelas barreiras sociais e físicas<sup>143</sup> e aquelas que possuem impedimentos mentais de ordem clínica que as destituem de qualquer cognoscibilidade acerca da ordem jurídica e de negócios ou contratações.

Aliado a isso, o conhecimento de que a contemporaneidade é também a era da chamada “sociedade de consumo”<sup>144</sup>, conduz a um olhar mais atento sobre os impactos que o reconhecimento expresso da capacidade, nesses termos, pode levar, sorvendo a pessoa com deficiência mental em uma complexa teia engendrada para incitar ao consumo e que consegue – já ao sujeito plenamente detentor de suas capacidades mentais – provocar fragilidades.

---

<sup>142</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica-com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018. p. 8.

<sup>143</sup> A exemplo, uma medida estabelecida pela Convenção – e posteriormente adotada pelo Estatuto (Lei 13.146/2015), trata de estabelecer o Desenho Universal como instrumento de combate a essas barreiras, consignando-o como “a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico”. Ressalta ainda que “O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias”. Mais informações disponíveis em: INSTITUTO NACIONAL PARA A REABILITAÇÃO. *Desenho universal*. 13 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.inr.pt/content/1/5/desenho-universal>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

<sup>144</sup> “Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura a sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito”, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias; ou antes, sua dissolução no mar de mercadorias em que, para citar aquela que talvez seja a mais citada entre as muitas sugestões citáveis de Georg Simmel, os diferentes significados das coisas, “e portanto as próprias coisas, são vivenciados como imateriais”, aparecendo “num tom uniformemente monótono e cinzento” – enquanto tudo “flutua com igual gravidade específica na corrente constante do dinheiro”. A tarefa dos consumidores, e o principal motivo que os estimula a se engajar numa incessante atividade de consumo, é sair da invisibilidade e imaterialidade cinza e monótona, destacando-se da massa de objetos indistinguíveis (...)” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 20-21.)

Reconhece-se, nesse sentido, que a ausência de salvaguardas poderá contradizer os objetivos do Estatuto, delegando ao discernimento e à boa-fé dos contratantes – e, por fim, à morosidade do judiciário – o dever de identificar e realizar o trato casuístico de situações que contemplem uma inabilitação completa do sujeito para atuar como titular de obrigações – o que até dar-se por aclarado, já terá implicado na violação de tantos outros direitos quanto buscou o Estatuto implementar.

É essa a ideia que leva Fernando Martins a trabalhar a modificação concebida pelo Estatuto como o “apagar”<sup>145</sup> da incapacidade, considerando a emancipação realizada como uma medida inconsequente que não estabeleceu bases para a alteração e simplesmente ocultou termo chave o qual, embora imperfeito, consolidava limites protetivos. Adotada como ponto de crítica a vertente teórica que consolida a plena capacidade civil da pessoa com deficiência sem quaisquer ressalvas<sup>146</sup> – com recorte do trabalho detido sobre os problemas de ordem mental e intelectual – há de se reconhecer que o plano emancipatório criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência revela fragilidades, inviabilizando uma tutela de caráter prévio que vulnera o emancipado, seus familiares e, por decorrência, a toda a coletividade.<sup>147</sup> Ou seja, a inconsequência apontada pelo autor, de fato, se remonta em característica expressa, que ao revés de favorecer a igualdade substancial, pode orientar movimento antagônico se tratada desde o viés dos negócios jurídicos de consumo e suas implicações.

Outrossim, já se tratou aqui sobre a imbricação entre a esfera patrimonial e a existencial do indivíduo que, desde um câmbio na ótica do direito privado constitui-se de via

---

<sup>145</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016, DTR\2016\4625.

<sup>146</sup> Sobre as – variadas – correntes que têm se formatado após a entrada em vigor do Estatuto, colaciona-se: “A primeira vertente teórica é encabeçada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho e defende a impossibilidade de o portador de deficiência – seja física, mental, intelectual ou sensorial – ser tecnicamente considerado civilmente incapaz, “na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Flavio Tartuce, capitaneia uma segunda teoria, segundo a qual se admite que excepcionalmente os deficientes sejam tidos como relativamente incapazes, enquadrando-os na previsão do art. 4º, III, do Código Civil, sempre que a deficiência seja severa a ponto de a pessoa não poder exprimir o que pensa e deseja, ou seja, desde que haja impedimento para exprimir vontade. Por fim, uma terceira teoria é a defendida por Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias, segundo a qual o critério para se definir a incapacidade relativa passa a ser a impossibilidade de tomar decisões de forma autônoma.”. (LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017. p. 18-19)

<sup>147</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016. DTR\2016\4625.

de mão-dupla, sendo que uma compreensão estanque dessas duas esferas não representa a verdadeira complexidade que a alteração da capacidade, como posta, reverberou sobre a dignidade do sujeito.

De fato, ao reinserir a pessoa com deficiência munida de sua completa autonomia, há de se ter em mente que não se trata somente de incluí-la em participação social, em completa ignorância aos perigos que integram a contemporaneidade, como se estes se alijassem pelo simples fato de que o valor intrínseco que se busca promover é o de inclusão e de protagonismo da própria vida; há de se conviver com uma constatação mais verossímil da realidade pós-moderna e com o fato de que os limites entre a liberdade e a desproteção não ficaram bem delineados pela proposição adotada no Estatuto.

Sob essas lentes, há de se refletir sobre a extensão que a capacidade plena da pessoa com deficiência pode lograr nos contratos, abordando especificamente a ótica dos negócios jurídicos de consumo.

É que além da questão que atribuiu à pessoa com deficiência mental a possibilidade de titularizar relações – e com isso entenda-se, contratar e assumir obrigações, seja qual for o seu estado mental<sup>148</sup> – é reconhecida a ressalva que o Estatuto da Pessoa com Deficiência faz no que concerne à vulnerabilidade da pessoa com deficiência, definindo a qualidade de vulnerável à pessoa na redação do parágrafo único do art. 10, o qual adota que em “situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança”.

Desde um primeiro olhar, não há que se compreender a linha direta que liga a capacidade ao tema da vulnerabilidade, bem porque, uma, de fato, não depende da outra. Todavia, a retirada de salvaguardas que constituíam barreiras, mas também protegiam a pessoa com deficiência da agressiva lógica de mercado alardam que a implicação dos temas estreitou seus laços, se reconhecido – sem maiores melindres – que a plena capacidade civil

---

<sup>148</sup> Não se ignora neste trabalho a medida consignada pelo Estatuto como “Tomada de Decisão Apoiada” que pode servir de amparo às questões patrimoniais; todavia, é necessário que não se olvide de que se trata de procedimento ao qual deve a própria pessoa, titular do direito, recorrer e que, em princípio, atua de forma una, não se estendendo a todos as decisões que o sujeito venha a tomar para si – e aqui, o que se pretende construir, é a noção de uma fragilidade global, que contempla desde os negócios jurídicos de valor mínimo até aqueles que tratem de quantias expressivas; outrossim, a adoção de Curatela em casos extremos, por se tratar de medida que sufoca a autonomia, exigirá um olhar atento do judiciário e, como toda causa que exige maior complexidade e que confronta princípios que visam a promover a igualdade como valor máximo, poderá demandar mais tempo e retardar a efetividade da proteção, ao se considerar a tamanha dinamicidade que encerra o mercado de consumo nos dias atuais.

da pessoa com deficiência mental abriu as portas a incongruências no direito contratual à medida que permite que esses indivíduos estabeleçam relações jurídicas de consumo que podem comprometer sua patrimonialidade – e por *ricochet*, sua própria existência -, criando um desequilíbrio que talvez nem mesmo o ordenamento jurídico se veja apto a suplantar, essencialmente ao se tratar da esfera de consumo. Conjunto a isso, o fato de que a vulnerabilidade ganha novos contornos desde a perspectiva do Estatuto leva, invariavelmente, ao debate acerca da vulnerabilidade – e, em contínuo caminho, da hipervulnerabilidade da pessoa com deficiência no mercado de consumo – para verificar, desde uma análise paralela das duas leis e dos princípios que delimitam os caminhos do direito do consumidor, o possível enfraquecimento das bases protetivas que, mais do que nunca se fazem necessárias a resguardar esse horizonte da vida da pessoa com deficiência.

Neste sentido, a segunda parte deste trabalho prestar-se-á a realizar uma análise da construção do direito do consumidor como disciplina que resguarda o vulnerável nas suas relações jurídicas de consumo, tratando das bases que delineiam os contratos nessa seara, bem como, dos perigos que se fazem mais evidentes – e recorrentes –, exigindo do direito do consumidor uma postura protetiva em face do desequilíbrio pautado sob uma lógica de mercado que incita o consumo como parte da identidade que o sujeito tem – ou quer ter – na sociedade. Outrossim, buscar-se-á traçar o contexto normativo que esboça a vulnerabilidade da pessoa com deficiência no mercado de consumo depois das premissas colocadas pelo Estatuto, verificando se a proteção da pessoa no mercado de consumo, como posta atualmente e frente as mudanças implantadas, atende e resiste a um contexto fático, globalizado, despersonalizado e dinâmico como o que se refaz na caracterização da pós-modernidade.

### 3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE CONSUMO

A medida que se dissipou a ideia de que as relações jurídicas entre os indivíduos no mercado de consumo constituem “relações entre iguais”<sup>149</sup>, passando-se a admitir que há um considerável desnível informacional, técnico, jurídico e fático<sup>150</sup> que caracteriza uma das partes dessas relações, passou-se a conceber a figura do consumidor como sujeito de direitos, logrando a construção de um sistema protetivo próprio, edificado nas normas da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

O direito do consumidor, como parte da disciplina jurídica, constitui microssistema que adota caráter transversal: se, por um lado, dialoga com outros campos da matéria jurídica em vista da complementação de suas próprias normas, por outro, preconiza a especialização das regras advindas de searas tradicionais da ciência jurídica, com o fim de estabelecer uma leitura diferenciada a partir do seu princípio básico - a proteção do consumidor vulnerável.

A construção da ideia acerca desse novo sujeito de direitos, detentor, pois, de diversos direitos subjetivos específicos, apresenta-se como reflexo de uma ótica constitucional que consolidou a proteção do consumidor como direito fundamental assegurado pela Constituição de 1988.<sup>151</sup> Como assente Miragem, o Código de Defesa do Consumidor “orienta-se em vista de uma ideia-base, de proteção do consumidor, e materializa-se pelo estabelecimento de deveres aos fornecedores, assim como a imputação da responsabilidade na hipótese de violação desses deveres”.<sup>152</sup>

Sob esse viés, o direito do consumidor atua como força ordenadora do mercado de consumo, com reflexo que se propaga pela totalidade da economia. Ao estabelecer a regulação acerca das relações de consumo, declinando deveres aos fornecedores e

---

<sup>149</sup>MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 46.

<sup>150</sup>MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 149.

<sup>151</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL. Constituição (1988).

*Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.)

<sup>152</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 81.



resguardando proteção ao consumidor, a intervenção que o direito do consumidor propõe, dirige e promove a conduta dos agentes econômicos, atuando como corretor das falhas de mercado – e das injustiças que podem se promover em seu bojo.

### 3.1 DA VULNERABILIDADE À HIPERVULNERABILIDADE: A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE CONSUMO

A era da despersonalização das relações, do aumento da cultura do consumo, da diferenciação das formas de *marketing* e da publicidade deflagra contornos preocupantes ao ambiente negocial e envolve o indivíduo em uma nuvem de necessidades abstratas que não mais apenas se ocupam de suprir os desejos, mas se propõe a, de fato, criá-los. A identificação de uma “sociedade de consumidores”<sup>153</sup>, que torna a própria vida objeto da lógica de mercado, consagra na ordem jurídica diversas necessidades, dentre as quais se destaca a de proteção ao sujeito que se encontra em franco desequilíbrio contratual.

O sujeito da pós-modernidade, pois, se desfaz de seus atributos personalíssimos no intuito de se conformar aos indicativos do mercado de consumo e, para tanto, concentra suas energias e seu tempo na atividade que se destaca mais importante nessa lógica: consumir. O modelo pós-moderno de produção determina o mercado – e não é determinado por ele –, gerando incessantes necessidades e um ideal de felicidade que se ampara sob as aquisições materiais do sujeito.

Esse panorama cria uma dicotomia: há, inegavelmente, uma variedade de opções que se colocam ao consumidor – e este detém autonomia para realizá-las de acordo com suas preferências; por outro lado, a ausência ou a insuficiência de proteção, e mesmo o desconhecimento acerca das armadilhas<sup>154</sup> e inovações do mercado que se difundem através

---

<sup>153</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 31.

<sup>154</sup> Sobre o tema da publicidade e do apelo ao consumo, leciona d'Aquino: “(...) surge a publicidade como mecanismo plenamente capaz de realizar a tarefa de propagar aos quatro ventos as novas invenções do mercado. (...) A publicidade tem como funções: despertar o interesse, tendo como finalidade 'estimular as vendas ou criar certo estilo de vida por meio da difusão ou enaltecimento das qualidades de um produto ou serviço'; estimular o desejo, estando a serviço da sedução, e sendo através dela que o 'fornecedor estabelece modalidade de dependência psicológica entre o consumidor e o produto/marca, resultando, por consequência na criação da necessidade, não rara, verdadeira compulsão ao consumo do produto ou serviço'; criar convicção, desviando a atenção e procurando tornar a mensagem emocional, objetivando a compra irracional com liberdade de escolha mitigada; e induzir à ação. Ela estimula e influencia o público em relação à aquisição de bens e serviços, o que justifica sua importância dentro do mercado de consumo, estabelecendo uma relação entre os bens disponíveis



de produtos e serviços – ofertados em escala globalizada – evidenciam um desequilíbrio e uma fraqueza.

A autonomia da vontade no novo modelo dos negócios jurídicos de consumo acaba por ser o “o reflexo daquilo que o emitente acredita”, mais do que ele realmente quer ou dispõe. O consumidor idealizado pela condição de “rei” do mercado se perdeu na massificação dos contratos de adesão, nas cláusulas gerais dos contratos, bem como na modernização de contratações que se remontam em um “click”<sup>155</sup> e dispensam a subjetividade nas relações

Os pressupostos que denunciam a atual “realidade econômica e social da sociedade de consumo” informam a inexistência de uma autêntica autonomia para contratar, uma vez que os “poderes fáticos e jurídicos dos sujeitos”<sup>156</sup> se mostram díspares dentro da lógica do mercado. A sociedade de consumo traz consigo a criação dos métodos de contratação em massa<sup>157</sup>, em que empresas (e até mesmo o Estado) aparecem como parceiro contratual, logrando de posição de superioridade e impondo suas forças através de contratações homogêneas, que incluem uma série infindável de sujeitos, dada a tamanha despersonalização que marca esse modelo.

A ideia de que os homens eram livres e iguais, conseguindo reciprocamente estabelecer e cobrar o cumprimento das obrigações determinadas, não mais se sustenta. A liberdade se faz incompleta, irreal e, nesse sentido, a própria vontade parece ser característica meramente aparente aos sujeitos consumidores. O consumo dita os novos valores sociais e, antes mesmo de chegar ao ambiente negocial, já impõe suas forças, à medida que condiciona aos sujeitos os novos quereres, as novas necessidades e trabalha técnicas que acentuam sua influência sobre a esfera de disposição. A racionalidade, espontaneidade e liberdade aparecem abreviadas ao plano teórico.

---

para consumo e o desejo de consumi-los”. (D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade: Hipervulnerabilidade?* Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2017. p. 20-23.)

<sup>155</sup> VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*. v.80, p.277-334, 2011, DTR\2011\5142

<sup>156</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 235.

<sup>157</sup> “(...) a incorporação de milhões de pessoas ao mercado de consumo e a necessidade do estabelecimento de práticas comerciais e contratuais com todos estes novos potenciais contratantes, deu causa a uma nova realidade, de mais distanciamento entre os contratantes, a necessidade de estipulação de contratos padronizados, nos quais um dos contratantes apenas adere às cláusulas pré-estabelecidas (contratos de adesão/condições gerais dos contratos), assim como novas técnicas de persuasão sobre a conveniência ou oportunidade da aquisição ou contratação de bens e serviços, por intermédio de uma florescente e profissionalizada atividade publicitária.” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 232.)

Como indica Leonardo Roscoe Bessa “o consumidor tem deixado de ser uma pessoa, para se tornar apenas um número no processo de produção e circulação de bens”<sup>158</sup>. A constatação dessa fragilidade, faz nascer no direito brasileiro a necessidade de construção sistemática de normas e princípios capazes de garantir a efetivação dos direitos deste “novo sujeito de direitos, deste grupo de não-iguais, de vulneráveis”.<sup>159</sup>

A edição do Código de Defesa do Consumidor atende a esses pressupostos à medida que se propõe a garantir a proteção do sujeito mais débil da relação jurídica como valor máximo da lei, admitindo a noção de vulnerabilidade que se concretiza em presunção absoluta ao consumidor no mercado de consumo.

A vulnerabilidade aparece no direito brasileiro buscando conceder maior proteção nas situações de perigo do mercado de consumo em que o ordenamento, em sua lógica interna, não é capaz de contornar. Como leciona Claudia Lima Marques, a vulnerabilidade se traduz não no “fundamento das regras de proteção do consumidor”, mas em verdade, trata-se da explicação que justifica a existência das regras e de uma ação mais interventiva do legislador nas relações privadas, tratando-se de “noção instrumental que guia e ilumina a aplicação” das normas em busca de “igualdade e justiça equitativa”.<sup>160</sup>

Os direitos do consumidor já haviam sido legitimados e instrumentalizados a partir do seu reconhecimento e inclusão na ordem pública econômica através da Constituição de 1988, o que viabilizou que fossem contemplados como valores básicos e fundamentais de nosso ordenamento. Apesar do caráter de direito privado que acompanha a edição do Código de Defesa do Consumidor, o fato de ser composto de normas que despertam forte interesse público garante inafastabilidade<sup>161</sup> de seus princípios e regras pela vontade individual, em virtude do interesse e do impacto social a que correspondem.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e seus direitos ao alcance de todos*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 26.

<sup>159</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.33

<sup>160</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 320.

<sup>161</sup> MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 60

<sup>162</sup> “Todo o trabalho de normalização jurídica das relações de consumo deve ter em conta esta dimensão coletiva. De um lado, em não aceitando limitar a percepção de prejuízo alegado por um reclamante isolado somente por ser individual, mas de valorizar sua importância face à soma de interesses do conjunto de indivíduos tendo que encarar a mesma situação prejudicial - p. ex., o conjunto de consumidores destinatários de uma mesma publicidade enganosa, usuário de um mesmo produto perigoso ou subscritores de uma mesma cláusula abusiva. De outra parte, em se reconhecendo a existência de um interesse coletivo dos consumidores, específico e distinto

Em que pese a ideia de vulnerabilidade se ancore sob a noção da diferença, sua decorrência é, logicamente, pautada nos avanços acerca da acepção de igualdade<sup>163</sup> que a carta constitucional consolidou, a qual veio sedimentar a mudança de paradigmas no direito privado, na transição da centralidade dos valores patrimoniais aos valores existenciais.

Bem por isso, na análise que compreende a vulnerabilidade como uma intervenção do ordenamento para reequilibrar a relação jurídica, não há que se cogitar qualquer contraposição a princípios constitucionalmente indicados, a exemplo, o da isonomia<sup>164</sup>. Pelo contrário: os princípios constitucionais que norteiam a proteção da pessoa humana e do resguardo da sua dignidade na aplicação do direito, não apenas trazem carga indicativa aos direitos do consumidor, mas são o substrato das diretrizes que permeiam a integralidade do texto do Código de Defesa do Consumidor.

O termo vulnerabilidade remete à suscetibilidade de ser ferido, vinculando-se, portanto, à esfera existencial<sup>165</sup>. Claudia Lima Marques, ao definir a ideia de vulnerabilidade declara:

a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação(...)<sup>166</sup>

Na lógica do mercado de consumo, a noção de vulnerabilidade configura um estado pressuposto ao indivíduo que se coloca na situação de consumidor. Como destinatário fático da relação, encontra-se em desnível com o fornecedor – entendido, nos termos do art. 3º da

do interesse geral, sob o mesmo título que a ordem social reconheceu e procurou assegurar a defesa de outros interesses coletivos no contexto econômico contemporâneo, tais como aqueles dos trabalhadores agrupados em sindicatos ou aqueles dos profissionais reunidos em ordens ou grupos” (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2, p. 7-51, abr./jun. 1992. DTR\1992\473.)

<sup>163</sup> Sobre os estudos europeus que buscam distinguir vulnerabilidade e igualdade (ou desigualdade) entre os sujeitos, leciona Marques: “(...) a igualdade é uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, em que a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas (...) Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção mais flexível e não consolidada, que apresenta traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos.” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 321.)

<sup>164</sup> “A correta interpretação desse princípio reconhece a desigualdade fundamental que existe entre os homens, consistindo a isonomia em tratá-los desigualmente, na medida que se diferenciam”. (PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 666. p. 48-53, abr. 2011. DTR\1991\85)

<sup>165</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015. DTR\2015\10674.

<sup>166</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 269-270

Lei 8.076/90<sup>167</sup>, como aquele que produz, vende ou revende os produtos e serviços, com escopo profissional – necessitando de mecanismos de intervenção que reparem a distância técnica e informacional que separam os polos negociadores.

A assimetria<sup>168</sup> entre consumidor e fornecedor sempre se faz presente. Miragem aduz que “a vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal e absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como ser aplicadas”<sup>169</sup>. Sem relativizar, sem sopesar o caso concreto: o Código coloca a vulnerabilidade do consumidor como pressuposto máximo das relações de consumo, logrando importância a esse aspecto nos termos do art.4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor<sup>170</sup>.

Nesse sentido, também assente Fernando Martins:

“(…) fica fácil “presumir” que o consumidor é agente vulnerável no mercado, porque a experiência humana traz a verdade obtida pela lógica jurídica de que a pessoa inserida neste meio circundante e desprovida de tutela eficaz está facilmente exposta a circunstâncias pesadas, díspares e abusivas. Enfim, é sujeito de direitos constantemente sujeito a injustiças. Por isso, a presunção a vulnerabilidade conduz substancialmente a igualitária aplicação do Código de Defesa do Consumidor”<sup>171</sup>

O reconhecimento da vulnerabilidade é, portanto, o cerne da proteção ao consumidor, sendo um “conceito legal indeterminado”, “multiforme”, que se refere a “um estado de fraqueza sem definição precisa, mas com muitos efeitos na prática” uma vez que “presumida e alçada a princípio de proteção dos consumidores”<sup>172</sup>. Logo, na presença de uma relação em que o vínculo entre as partes expresse uma relação de consumo, faz-se patente o desequilíbrio,

<sup>167</sup> “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.)

<sup>168</sup> “Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o polo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato: mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção “pegar ou largar”, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. (...)” (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 320.)

<sup>169</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 122.

<sup>170</sup> “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.)

<sup>171</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016, DTR\2016\4625.

<sup>172</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 321.

sendo presumida a condição de vulnerável àquele que se encontra na condição de destinatário final fático do produto ou serviço.<sup>173</sup>

A medida que a vulnerabilidade é trabalhada como princípio do direito do consumidor, o seu conceito alberga “ponderação, densidade axiológica, flexibilidade, plasticidade e diferenciação de sujeitos para justiça distributiva”, de modo que admitida como “princípio (“modelo” argumentativo)” e não regra (“modo” dedutivo)”<sup>174</sup>, compreende uma técnica de presunção<sup>175</sup> que permite a adaptação do conceito com o fim de abarcar as novas situações que se criam frente aos avanços sociais e tecnológicos – e mesmo aqueles que dizem respeito unicamente à condição do sujeito -, e que acabam densificando o desequilíbrio na seara consumerista<sup>176</sup>.

É importante reconhecer que essa atribuição de uma carga protetiva ampla a um sujeito mais débil que integra a relação de maneira desigual, atine à percepção de que o consumidor é na verdade um conceito difuso, que atinge a todos os sujeitos, na medida em que todos são consumidores<sup>177</sup>. O amálgama que compreende a definição acerca do que é vulnerabilidade, deve, portanto, atentar às proporções que a noção abrange ao perceber-se da

<sup>173</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 666. p. 48-53, abr. 2011, DTR\1991\85.

<sup>174</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016, DTR\2016\4625.

<sup>175</sup> Em artigo acerca da teoria dos princípios aplicada ao direito civil e ao direito do consumidor, Lopes trabalha a noção de imprecisão dos princípios, asseverando que “(...) não quer dizer imprecisão propriamente: quer dizer que o princípio só se determina quando aplicado concretamente. Quem decide e aplica o princípio reconhece exceções ou altera a extensão dos termos. (...)”. Complementa-se ainda, com a noção que o autor ressalta sobre o princípio da vulnerabilidade, afirmando que “(...) o reconhecimento da vulnerabilidade é um princípio de caráter estritamente normativo. Ele pode ser considerado um critério geral de interpretação, mais do que uma presunção, uma definição constitutiva de consumidor: o consumidor é, por definição, vulnerável e, por isso, todas as políticas (as ações concretas, os planos, a legislação e a adjudicação dos conflitos de consumo) devem presumir (postular) essa vulnerabilidade” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios*. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (orgs.) *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 83-130. )

<sup>176</sup> Nesse mesmo sentido, Miragem assevera “Com fundamento no princípio da vulnerabilidade, o âmbito de aplicação das normas de proteção do consumidor pode ser restringido ou ampliado, em face do princípio da vulnerabilidade é possível restringir a aplicação da legislação protetiva apenas aos destinatários finais da relação de consumo (critério para definição de consumidor do art. 2º do CDC. Entretanto, é também possível, com base no mesmo princípio, estender a aplicação das normas do CDC às relações em que esteja presente o desequilíbrio de forças entre os sujeitos da relação (...).” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 123.)

<sup>177</sup> “Desde que todo mundo é levado a consumir, todo mundo é consumidor; o consumidor não é um conceito único, mas difuso; a qualidade do consumidor pertence a todos e a cada um, quer seja empregador, trabalhador, cidadão, produtor, distribuidor, profissional rico, pobre, etc. O “consumeriário” é um grupo naturalmente heterogêneo, disto resulta uma maior dificuldade de organização e convergência de ações. (...)” (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2, p. 7-51, abr./jun. 1992, DTR\1992\473)

heterogeneidade que compõe essa sociedade de consumidores – e por assim dizer, as esferas que a vulnerabilidade deve ser capaz de compreender e abarcar para garantir uma proteção efetiva desses sujeitos.

Isso consente com a lapidação em diversas facetas protetivas da vulnerabilidade, que evoluem e se reconstroem diuturnamente no ímpeto de conceber proteção concreta e específica aos desafios postos pela sociedade de consumo da pós-modernidade. Há esferas, pois, em que as diferenças entre os dois sujeitos contratuais ficam mais aparentes. Bem por isso, ao se tratar da noção de vulnerabilidade do consumidor, é habitual<sup>178</sup> que se defina o conceito pela perspectiva técnica, informacional, jurídica e fática<sup>179</sup>.

É notório que o conhecimento acerca do produto ou serviço que se está adquirindo é sempre limitado ao consumidor.<sup>180</sup> Somente o fornecedor/produzidor detém as reais especificações sobre o conteúdo ofertado, de modo que condiciona quais são as informações e como deverão chegar ao destinatário final, criando ambiente propenso a lesões, embalados pela ignorância sobre as características do bem, sua durabilidade ou sua utilidade.<sup>181</sup>

Esse aspecto introduz a noção da *vulnerabilidade técnica*, típica das relações entre um profissional e um não profissional. O Código de Defesa do Consumidor, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, deu especial atenção ao aspecto técnico, de modo que as bases da presunção se encontram aqui; a ideia de que o consumidor é mais “facilmente enganado”, podendo ter carga extensiva para compreender, excepcionalmente, o profissional que também se encontra na condição de destinatário final do bem.<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> Sobre as demais faces em que a vulnerabilidade pode ser compreendida, Miragem refere o trabalho de Paulo Valério Dal Pai Moraes, que sugere ainda a existência de uma “*vulnerabilidade política ou legislativa, a vulnerabilidade biológica ou psíquica e a vulnerabilidade ambiental*”. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 123-124.). Leia mais: MOARES, Paulo Valério dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

<sup>179</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 154.

<sup>180</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>181</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 154.

<sup>182</sup> “Entre nós, decidiu o STJ, em relação aos agricultores organizados em cooperativas, concluindo que apresentam uma vulnerabilidade intrínseca em relação às máquinas agrícolas de nova geração, a definir que “é de consumo a relação entre o vendedor de máquina agrícola e compradora que a destina à sua atividade no campo, pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 154.)



Ademais, não se exclui a possibilidade de que o consumidor tenha algum conhecimento sobre o modelo de produção ou a qualidade do serviço ofertado; a mitigação desse aspecto pode ocorrer se verificada a expertise, a profissionalidade do agente.<sup>183</sup> Todavia, essa não é a regra no modelo atual de produção, que prima pela celeridade e abstração.

Por sua vez, a *vulnerabilidade jurídica*, nas considerações de Adolfo Mamoru Nishiyama e Roberta Densa, se expressa na “carência no conhecimento jurídico específico, estendendo-se também para o conhecimento contábil e econômico”<sup>184</sup>.

Em que pese a expressão remeta ao ambiente judicial, na verdade essa faceta da vulnerabilidade faz referência, essencialmente, ao momento anterior, em que a fraqueza do consumidor já ganha traços bastante realçados. As estruturas negociais, a tecnicidade dos instrumentos, a complexidade e extensão contratual; aspectos que compactuam com uma lógica que, embora disponibilize a informação ao consumidor em cláusulas e demais disposições acerca do conteúdo da contratação, não entregam verdadeira acessibilidade e compreensão a quem necessita contratar.

A perspectiva do consumidor como vulnerável na esfera dos litígios, também atende à construção desse conceito. Isso porque, como ensina Cristiano Heineck Schmitt “nota-se a fragilidade do consumidor, já que esse é um litigante eventual, ao passo que o fornecedor (...) é um litigante habitual, acostumado a disputas judicial com outros consumidores”<sup>185</sup>.

Compreender a necessidade de proteção nesse viés passa pela compreensão da massificação das contratações, da globalização, da expansão das relações de consumo com complexos laços jurídicos que atravessam fronteiras e passam a ser sopesadas ante a legislação local e internacional. Atenta, pois, a uma produção legislativa nacional esparsa, à interpretação de Tribunais que não se conformam, a conceitos debatidos pela doutrina que não se linearizam e se consubstanciam, assim, representativos de toda a instabilidade e desfalque protetivo que sofre o indivíduo no mercado de consumo.

---

<sup>183</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 155.

<sup>184</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010, DTR\2010\788.

<sup>185</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 209.

Em que pese o conceito geral de vulnerabilidade dispense a noção comparativa, em vista de sua presunção absoluta, não se ignora que a faceta da *vulnerabilidade fática ou socioeconômica* é aduzida na relação com o outro parceiro contratual. Da condição do fornecedor em face do consumidor ressaí a superioridade do primeiro. Seja pela habitual concentração de riquezas ou pela essencialidade do serviço: a vantagem do fornecedor em relação ao consumidor encontra forte expressão no caráter econômico que desnivela sensivelmente a relação entre os sujeitos.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica revisita a noção de que o fornecedor detém o monopólio fático ou jurídico, de modo que consegue impor o seu poder econômico<sup>186</sup>. Neste aspecto, a ideia de uma força que se faz imposta em vista da essencialidade do serviço, como é o caso das atividades prestadas pelo Estado (água, luz, etc) das quais o consumidor não tem como dispensar a utilização.

Sergio Cavalieri, ao tratar dessa espécie de vulnerabilidade, complementa o conceito com a ideia do reconhecimento social que, hoje, figura associado “à aptidão para ter, para consumir”. Como ressalta o autor, a figura da “cadeia alimentar”<sup>187</sup> também atende à imagem que pode se fazer dessa atual sociedade de consumidores.

Enquanto o mercado “vende ilusões, necessidades irreais, estilos de vida”, os sujeitos se sentem premidos da necessidade de consumir para afastar a ideia de “insignificância social”. Cria-se um ciclo vicioso alimentado pelos status sociais que o próprio mercado se encarrega de criar, baseado no que vende como imagem de ascensão em direção ao topo dessa “cadeia alimentar” – quando, em verdade, a base é onde se encontram os consumidores.<sup>188</sup>

Com efeito, chegamos ao viés da vulnerabilidade informacional. Talvez a categoria que defina, de fato, a condição de todas as outras anteriormente referidas: o déficit informacional é o que limita o consumidor – seja técnica, jurídica ou economicamente.

Evidente que é marca da pós-modernidade a abundância e o compartilhamento veloz de informações, o que não pode ser ignorado para a construção desse conceito. Todavia, é também em seu bojo que a informação é, mais que qualquer outra coisa, poder<sup>189</sup>. E nesse

---

<sup>186</sup> “(...) detentores dos mecanismos de controle da produção, em todas as suas fases, e, portanto, do capital e, como consequência, de *status*, prestígio social(...)” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.)

<sup>187</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

<sup>188</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

<sup>189</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 158.



sentido, é comum que haja uma filtragem sobre as informações disponíveis e aquelas que seguem ocultadas pelo fornecedor. Não fosse assim, a vulnerabilidade informacional não representaria o maior fator de desequilíbrio entre consumidores e fornecedores ainda hoje.<sup>190</sup>

Não se trata aqui, portanto, de um aspecto quantitativo, e sim, qualitativo. A verdadeira importância dessa concepção está em como chegam as informações e se o fornecedor, ao disponibilizá-las, o faz de maneira apta a promover a compreensão do consumidor – o que, sob uma perspectiva mais ampla, significa um dos traços da própria promoção material da Dignidade da Pessoa Humana na seara consumerista.

Isso porque a vulnerabilidade informacional pode ser compreendida tanto pelo viés econômico, quanto pelos aspectos que se ligam mais à pessoa - relacionada a produtos e serviços que tenham ligação direta com a saúde do consumidor, como é o caso dos produtos alimentícios<sup>191</sup>, ou ainda das contratações pela internet que criam paradigmas que denunciam o liame que une a vulnerabilidade do consumidor, o respeito à liberdade de escolha, a efetividade de seus direitos fundamentais e os direitos de personalidade em um mesmo plano.<sup>192</sup>

Trabalhar a noção de vulnerabilidade levou a doutrina, pois, a conceber os seus desdobramentos, o que fez questionar acerca da própria eficácia substancial da noção una dessa garantia, que trate de todos os sujeitos consumidores com uma noção linear, que personaliza, mas não olha para as peculiaridades, as questões intrínsecas àquele que, porventura, assuma a posição de consumidor. A vulnerabilidade como pressuposto, em que pese tenha declinado as balizas para o controle das arbitrariedades no ambiente negocial de consumo, não constrói um conceito completo se tomado em sua abstração, sem adentrar aspectos subjetivos que acompanham determinados sujeitos consumidores.

---

<sup>190</sup>MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 334.

<sup>191</sup> “Comportamento positivo e ativo quer dizer que o microssistema de proteção do consumidor não se coaduna com meia-informação, semi-informação, proto-informação ou informação parcial, qualquer que seja o termo que se escolha. Informação ou é prestada de forma completa, ou não é informação no sentido jurídico (e prático) que lhe atribui o CDC.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 14 abr. 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=200301612085&aplicacao=processos.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200301612085&aplicacao=processos.ea)>. Acesso em: 26 jun. 2018.)

<sup>192</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 337.

Em busca da promoção da igualdade substancial, mais uma vez, foi necessário entender que o restabelecimento do reequilíbrio das relações negociais só se faria possível a partir da densificação<sup>193</sup> da noção de vulnerabilidade.

Moldar a vulnerabilidade nos contornos do princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput) exigiu, portanto, um trabalho em dois níveis: (i) primeiro, o reconhecimento de uma desigualdade para igualar, o que Fernando Costa de Azevedo trabalha sob as bases da concepção de Robert Alexy como “uma ordem (“mandato”) de tratamento desigual, isto é, uma autorização para realizar tratamento jurídico desigual entre os sujeitos que se encontram em posições jurídicas desiguais (no caso, consumidores e fornecedores)”<sup>194</sup>; (ii) o segundo nível, por sua vez, trabalha o aprofundamento da noção de vulnerabilidade; a noção de que, entre os próprios consumidores existem diferenças sensíveis capazes de obstar que a proteção por um conceito abstrato ocorra de forma plena, sendo necessário um câmbio qualitativo no tratamento jurídico dispensado.

A construção dessas premissas parte da análise sobre a real proteção que a presunção de vulnerabilidade, como inicialmente posta pelo Código de Defesa do Consumidor, vinha sendo capaz de garantir ao sujeito. A esfera patrimonial, de fato, se fazia alcançada pela noção formal de vulnerabilidade; contudo, a alguns sujeitos, a própria existência digna da pessoa se coloca em xeque frente as variadas situações jurídicas que se ramificam das relações de consumo atuais.

Ou seja, à medida que a noção pós-moderna identifica o sujeito pelo *que* e *como* consome, o conceito protetivo deve ser capaz de ir além da correção da inferioridade contratual e dos feitos indiretos que esse aspecto logra sobre a personalidade do agente. A elaboração do conceito pede, portanto, atenção direta sobre a esfera extrapatrimonial do indivíduo; atenção sobre as suas peculiaridades e características que o sujeitam a um maior

---

<sup>193</sup> AZEVEDO, Fernando Costa de. O Reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. In: I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica. 2012. *Anais do I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica*. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, 2012. Disponível em: <<http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT%207/GT%207%20-%20AZEVEDO,%20Fernando%20Costa%20de.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

<sup>194</sup> AZEVEDO, Fernando Costa de. O Reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. In: I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica. 2012. *Anais do I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica*. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, 2012. Disponível em: <<http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT%207/GT%207%20-%20AZEVEDO,%20Fernando%20Costa%20de.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

nível de vulneração na forma como consome; o conceito aqui deflagra, pois, preocupação eminentemente existencial<sup>195</sup>.

Admitida a necessidade da proteção especial dessa esfera, nasce a noção da “hipervulnerabilidade”<sup>196</sup> ou “vulnerabilidade agravada”<sup>197</sup>, entendida como a necessidade de dispensar graus de proteção diferenciada a determinados grupos de consumidores pelas características peculiares que os diferem e vulneram de forma especial entre os consumidores em geral.

Trata-se aqui da união de duas palavras para expressar a condição especial desse sujeito: “hiper”, que designa “um alto grau ou aquilo que excede a média normal” e vulnerabilidade que, como já discorrido até aqui, compreende uma intensa fraqueza, debilidade. Compreende-se, então, um sujeito que tem suas fragilidades potencializadas, necessitando de um tratamento especial.

Claudia Lima Marques, ao tratar acerca da “hipervulnerabilidade” aduz que esta compreende “a situação social, fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais, aparentes ou conhecidas do fornecedor”. Da mesma forma, Nishiyama assevera que “(...) certas pessoas, classe, grupo ou categoria de pessoas podem ser hipervulneráveis, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral”.

A hipervulnerabilidade compreende, portanto, a noção de que algumas pessoas, consideradas individualmente comportam maior fragilidade que o grupo geral de consumidores, sendo um conceito que permite o desenvolvimento de um esquema diferenciado de proteção em matéria de consumo. As bases que consolidam esse conceito encontram-se dispostas já, há algum tempo, pela Constituição Federal, vindo a garantir sua aplicação material somente na segunda década da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando começou a solidificar na aplicação dos tribunais<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015. DTR\2015\10674

<sup>196</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 338.

<sup>197</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 125.

<sup>198</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 159.

O texto constitucional foi responsável por dar o eixo de sustentação para proteção diferenciada de alguns sujeitos. Reconhecendo que alguns grupos padecem de dificuldades específicas que os impedem de exercer direitos de forma isonômica, a Constituição Federal expressou especial preocupação com grupos como analfabetos, idosos, crianças e pessoas com deficiência.

A concepção trazida sobre a Proteção da Criança no art. 227<sup>199</sup> da Constituição Federal, regulamentando a responsabilidade conjunta do Estado, da família e da sociedade em assegurar direitos básicos de vida, de saúde e de dignidade da Criança e do Adolescente; o princípio do Melhor Interesse do Idoso, fulcro no §2, art. 5º da CF, como consectário da tutela da pessoa humana<sup>200</sup>; a proteção à igualdade de salário e de condições (art. 5º, inciso XXXI, da CF), à saúde (art. 23, inciso II, da CF), a garantia de integração social (art. 24, inciso XIV) e a conferência de um atendimento educacional especializado (art. 208, inciso III, da CF) para a Pessoa com deficiência. Concretizações da Magna Carta de 1988 – e de suas alterações posteriores - que buscaram (re)afirmar a força identitária de seus cidadãos de forma a incluir suas demandas e ouvir suas vozes sob o viés de uma reconstrução política democrática que objetivou destacar a importância do caráter social dentro do Direito.

Sintaticamente, a compreensão de que esses grupos não conseguem alcançar o mesmo patamar de igualdade no exercício de seus direitos como os demais, foi o pano de fundo para a construção de uma proteção constitucional especial capaz de irradiar seus princípios para as demais áreas da disciplina jurídica, promovendo a regulamentação e, assim, a democratização da participação social desses indivíduos.

---

<sup>199</sup> “Em sede constitucional, o artigo 227 da Magna Carta estabelece o dever compartilhado da família, da sociedade e do Estado em assegurar “com absoluta prioridade” à criança e ao adolescente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além da proteção contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração – inclusive econômica, violência, crueldade e opressão. Como indicado no próprio dispositivo legal, tal imperativo é dotado de grande amplitude, envolvendo inclusive a proteção da infância nas relações de consumo, notadamente no que se refere ao direcionamento de publicidade a este público-alvo.” GONÇALVES, Tamara Amoroso. A proteção à vulnerabilidade infantil frente à comunicação mercadológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28.

<sup>200</sup> “Assim, o direito à proteção integral, com absoluta prioridade, e o princípio do melhor interesse são garantidos pela Constituição, na medida em que o idoso é pessoa mais vulnerável, e seu tratamento especial decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Há de se esclarecer ainda que, pelo fato do consumidor idoso ter reconhecidas suas condições intrínsecas de inferioridade de vigor físico, deve merecer tutela amparada em sua hipervulnerabilidade. Para tanto, submetem-se à análise de situações à luz da realização de seus direitos fundamentais.” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, v. 2, n. 8, p. 129-164, dez. 2012.)

Foi assim com o direito consumerista. Grupos que já se encontravam alijados em outras esferas da vida social encontraram dificuldade de inserção também na área de consumo, quando consumir passou a, em certa medida, integrar o próprio conceito de viver em sociedade.

À medida que o mercado de consumo começa a evoluir e, com isso, alcançar proporções globais, os desafios sobre a inclusão desses sujeitos ganha tônica. A inquietação dessa nova face do consumo não é somente sobre destinar produtos a crianças, deficientes e idosos. Passa a ser objeto desse problema, também, a ideia de como proteger adequadamente esses sujeitos dos apelos e das armadilhas<sup>201</sup> que o mercado impõe, já de forma geral, a todos os consumidores.

Com efeito, o que une essas três diferentes categorias é a ideia de um discernimento limitado acerca do seu real potencial sobre *o quê e como consumir*, incrementando os perigos dessa cultura de consumo.<sup>202</sup>

Esse quadro de torna bastante visível ao tratarmos de crianças; de fato, elas solidificam as vulnerabilidades mais sensíveis de todos os seres humanos, seja por se encontrarem na fase de desenvolvimento das habilidades do indivíduo – fase esta em que ainda se propõem à descoberta do mundo –, seja por não disporem sozinhas de sua vontade, condicionando a aquisição dos bens de consumo àqueles capazes de prover a renda para seu sustento – seus pais ou familiares.

Ainda assim, sabe-se que são os responsáveis pela movimentação intensa de um mercado próprio que, à semelhança daquele que se coloca ao público adulto, visa desde o atendimento das necessidades mais básicas, até o fomento de uma cultura materialista. Se não apela para a questão do *status* social – fator que dinamiza o consumo no mercado adulto –, a

---

<sup>201</sup>Vários são os desafios que se apresentam aos consumidores: “A contratação pela Internet tem causado inúmeros danos aos consumidores. Nota-se fortemente nestas relações havidas pelo comércio eletrônico que há uma quebra na confiança, que juntamente com a boa-fé deve ser um norte nas contratações.” (VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 80, p. 277-334, 2011. DTR\2011\5142); “É uma época de caos e de insegurança, onde as antinomias são inevitáveis e a desregulamentação do sistema convive com um pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações.” (MARQUES, Claudia Lima. Contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, p. 64-86, abr. 1997. DTR\1997\673)

<sup>202</sup>“Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade geral do art.4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e “especial” à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade).” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 189.)

lógica mercadológica aqui se dispõe a mexer com a imaginação e com a inocência de quem não se vê pronto a resistir aos apelos massificados de uma pós-modernidade que trabalha, inclusive, com noções de *neuromarketing*<sup>203</sup> para atingir seu público-alvo.

A ideia que compreende a vulnerabilidade agravada do idoso no mercado de consumo também encontra alguns pontos de toque com o tratamento acerca das crianças. Isso porque, em que pese o desenvolvimento do indivíduo ao longo dos anos seja capaz de garantir-lhe uma melhor noção sobre a vida em sociedade e – em abstrato –, habilitar-lhe ao trato mais cuidadoso no que compete a negócios e operações que envolvam dinheiro, a modernização é processo constante e complexo que contribui como fator de apartação desse sujeito do modelo atual, seja no aspecto interativo ou econômico.

De fato, o sujeito que logrou chegar à velhice passou por todas as etapas que lhe conformaram como indivíduo “dono de si”, capaz de fruir de suas próprias vontades. Não se ignora esse aspecto. Ocorre, contudo, que o avanço tecnológico e a complexidade jurídica das relações mudam com o passar dos anos; crescem, por assim dizer, em proporções geométricas. Basta a mera comparação sobre o que se tinha como padrão de tecnologia há alguns (poucos) anos atrás e o que se tem hoje.

Essa dificuldade em acompanhar as mudanças e a amplitude das relações em uma sociedade que cada vez mais abstrai os vínculos e se move pelos contatos – e *contratos*<sup>204</sup> – via internet, em um modelo de consumo que esmerilha suas técnicas para criar novas necessidades, se faz plenamente compreensível. Se ao indivíduo que vive o auge da vida jovem/adulta já se faz difícil acompanhar os avanços de sua contemporaneidade, que dirá àquele que não se identifica com o contexto e se sente excluído da interação por uma cultura, disseminada ao longo de décadas, de que velhice implica, irremediavelmente, em senilidade.

Bem assim, a necessidade de dispensa de uma proteção mais densificada ao consumidor idoso também advém de uma catividade que este grupo tem em relação ao consumo de determinados produtos e serviços, principalmente aqueles destinados a saúde<sup>205</sup>, estabelecendo traços de uma dependência adstrita a seus fornecedores.

---

<sup>203</sup> D'AQUINO, Lúcia Souza. Criança e Publicidade: Hipervulnerabilidade? Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2017.

<sup>204</sup> “O comércio eletrônico, entendido como aquele que gera os contratos de comércio eletrônico, ou também chamados de contratos à distância no comércio eletrônico, <sup>7</sup> é o fenômeno mais claro das relações massificadas e da expansão da Internet, bem como do incremento da inclusão de determinadas faixas de renda da população no acesso de tal tecnologia.” (VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 80, p. 277-334, 2011. DTR\2011\514

<sup>205</sup> Ao tratar da hipervulnerabilidade dos idosos, Nishiyama destaca a questão em relação aos planos e seguros de saúde: “A necessidade e a catividade em relação a estes serviços tornam-se evidentes quando as pessoas tornam-

Na disciplina jurídica, isso implica a solidificação dos instrumentos de proteção a estes grupos. Não há uma exclusão da sua esfera de autonomia e, sob um olhar mais apurado, não se trata sequer de regular uma limitação da sua atuação; os recortes que se habilitam sob a esfera do poder de escolha e da relação desses grupos especialmente com o mercado de consumo, atuam com nítido escopo protetivo que não lhes diminui a condição de sujeito de direitos. Pelo contrário, a leitura implícita sobre a hipervulnerabilidade desses grupos - com fulcro nos Estatutos e na força constitucional – desponta como terreno para a existência digna dessas pessoas, em equivalência aos demais sujeitos.

Assim, também, a construção que se faz acerca da hipervulnerabilidade da pessoa com deficiência.

O modelo social que estabeleceu a mudança de paradigmas em torno da percepção da pessoa com deficiência, como já debatido no capítulo anterior deste trabalho, buscou firmar a responsabilidade da sociedade e do Estado na promoção de uma identidade digna a esses sujeitos. Nesse sentido, o texto constitucional consolidou a necessidade de integração da pessoa com deficiência, sendo um de seus aspectos, a facilitação do acesso a bens e serviços; é, portanto, compreendido que o rompimento de barreiras no mercado de consumo constitui faceta da própria dignidade da pessoa humana refletida na esfera subjetiva da pessoa com deficiência.

A hipervulnerabilidade da pessoa com deficiência carrega, sobretudo, a consideração de que o valor do pluralismo, tomado como característica da sociedade pós-moderna, pugna pela tolerância e pela valorização das individualidades. Nesse cotejo, se a inclusão social também se expressa pelo acesso aos bens de consumo, conclui-se que cabe ao direito se ocupar da adequada proteção da pessoa com deficiência, preservando e valorizando-lhe as diferenças, mas contendo a discriminação e a massificação que a lógica do mercado contemporâneo é capaz de reproduzir mais sensivelmente sobre esse grupo.

A noção de hipervulnerabilidade consigna-se em um “prolongamento do processo de reconhecimento das especificidades do homem concreto (em contraposição ao antigo

---

se idosos. (...) O inadimplemento do fornecedor em relação a estes contratos frustram as justas expectativas do consumidor idoso, o que pode acarretar danos a sua integridade física, psíquica e moral” (NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; Densa, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010. DTR\2010\788)



tratamento generalizante e abstrato)”<sup>206</sup>. A construção da identidade da pessoa com deficiência, pois, toma para si este lugar na disciplina jurídica do consumidor, concretizando a dignidade da pessoa humana e a isonomia material através da densificação da vulnerabilidade, que passa a considerar as características peculiares desse sujeito a fim de ampliar a tutela dispensada.

Nishiyama, ao analisar o tema desde a perspectiva tutelar dispensada à pessoa com deficiência na Constituição Federal, ensina que, tendo sido assegurado no plano constitucional os direitos à acessibilidade adequada, à eliminação de barreiras e à assistência, o reconhecimento de uma tutela qualificada ao consumidor com deficiência no plano infraconstitucional deve também ocorrer, à medida que o mercado de consumo se compõe em um dos principais reprodutores da violação dos direitos resguardados, porquanto compreende aspectos que, de fato, limitam o exercício pleno da dignidade do sujeito com deficiência<sup>207</sup>.

De fato, se há uma diferença prática nessa tutela que a densificação do conceito promove, ela se compõe na imputação ao fornecedor de maiores cuidados no oferecimento de produtos e serviços, durante todas as fases da relação jurídica, contratual e extracontratualmente. Aqui, a correspondência da hipervulnerabilidade no plano dos fatos é um endurecimento das regras que o CDC já dispõe – e que a vulnerabilidade como princípio já se encarrega de assegurar, contudo, não com o mesmo vigor do que se considerado o sujeito no seu plano individual.

Para garantir à pessoa com deficiência um tratamento isonômico, há de se compor um reforço protetivo em torno de todas as lesividades que já subjugam, em regra, ao consumidor médio, como a insuficiência de informações (ou a falta de acessibilidade a estas), os abusos de publicidade, o ímpeto de consumir irrefletidamente: questões que tomam dimensões mais aprofundadas desde uma ótica que atende à plena capacidade civil da pessoa com deficiência mental para contratar.

A partir da compreensão de que a deficiência foi alçada a um patamar uno de “déficit funcional” pelo EPD, que pode congrega tanto deficiências de ordem física, quanto de ordem

---

<sup>206</sup>CARVALHO, Diógenes Faria de. OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A categoria jurídica de “consumidor-criança” e sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo brasileiro. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/91554/categoria\\_juridica\\_consumidor\\_carvalho.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/91554/categoria_juridica_consumidor_carvalho.pdf)> Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>207</sup>NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberto. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010. DTR\2010\788.



mental, torna-se ainda mais complexa a instituição de medidas – ancoradas, principalmente, nos deveres competentes aos fornecedores – que possam disponibilizar ao consumidor que integra essa categoria uma autonomia real no mercado de consumo, evitando a proliferação de abusividades.

Nesse sentido, pois, a essencialidade de um conceito protetivo como o da hipervulnerabilidade, que é capaz de compreender a “(...) “unidade diferencial” coletiva e mantê-la sem suprimi-la, sem querer transformar a diferença em “igualdade” ou “normalidade.””<sup>208</sup>.

Bem assim, é visível que a construção dogmática da hipervulnerabilidade faz homenagem à valorização dos aspectos existenciais da pessoa humana, que coibiu a lógica eminentemente patrimonialista que determinava as relações de direito privado. De fato, o reconhecimento da vulnerabilidade começou esse caminho, à medida que colocou o consumidor como figura de destaque e de proteção ainda sob a égide do Código Civil de 1916, em uma lógica que primava pelo acautelamento do patrimônio, sobretudo. Todavia, a construção da doutrina e da jurisprudência sobre a hipervulnerabilidade e a preocupação com o refinamento de uma proteção capaz de olhar para a diferença que atinge os sujeitos nesse segundo plano – qual seja, entre os próprios consumidores – guarda intimidade com a “igualdade com alma e com calma”<sup>209</sup> que traça os novos caminhos do direito.

Por fim, compreende-se que a hipervulnerabilidade é noção que transcende os contornos criados em matéria de vulnerabilidade para alcançar o indivíduo em sua subjetividade, dando nova dimensão ao aspecto do “tratamento desigual aos desiguais”<sup>210</sup>. Na medida em que esses sujeitos desiguais passam a ser identificados entre os próprios consumidores, há de se prover uma tutela mais robusta que, em simbiose com o valor da solidariedade constitucional, seja capaz de eliminar as barreiras, em homenagem ao direito de ser (e continuar) diferente também no mercado de consumo.

---

<sup>208</sup> Como ensinam Marques e Miragem “a igualdade (*equus*) dos desiguais, quase uma equidade (*aequitas*) pois há uma nova sensibilidade com o “alter”, que exige mais atenção dos privados nas suas relações (civis, empresariais, de consumo, de família e sucessões) dos aplicadores da lei.”. (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 179)

<sup>209</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 178

<sup>210</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 179.

Bem assim, que o trabalho de proteção à pessoa com deficiência pede que se abdique do isolamento normativo em nome de um diálogo. Se as perspectivas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor admitem visões diferentes sobre um mesmo sujeito, há de se construir um plano em que não se confrontem, mas que se compreendam e que, reciprocamente, permutem em nome da melhor proteção, mas também da liberdade, da dignidade e da autonomia – nos limites em que essa última compreenda os anteriores direitos a serem resguardados.

Estabelecer, então, uma interpretação “dialogada”<sup>211</sup> entre o elenco de normas que busca a proteção do consumidor com deficiência aponta o melhor caminho a uma tutela eficaz.

### 3.2 IGUALDADE COM ALMA E COM CALMA: O DIÁLOGO DAS FONTES NA PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE CONSUMO

“A identidade cultural do indivíduo, como a dos outros povos, é que necessita de atenção”<sup>212</sup>. A sociedade contemporânea que Erik Jayme apresenta se edifica sobre o valor do pluralismo que torna seus câmbios mais concretos e mais visíveis. A condição pós-moderna logra o desenvolvimento do saber como um reforço da sensibilidade em nome da conciliação do inconciliável, em nome do “diálogo” para dirimir questões contrapostas.

A igualdade que se quer na pós-modernidade não é mais aquela que homogeniza os sujeitos; a universalidade não satisfaz mais os parâmetros que hoje solidificam o plano social e o jurídico. As concepções absolutas dão lugar a uma aceitação do plural: na sociedade os sujeitos se empoderam de suas características, de suas peculiaridades e, até mesmo, de suas fragilidades, a fim de ganhar identidade; abrem espaço a um *locus* próprio de voz e de atuação. No direito, isso reverbera: o pluralismo mostra sua face traduzido em um sistema de leis e princípios que coexistem em busca de assegurar novos direitos individuais à diferença.

O aparecimento de novos sujeitos e o valor dessa subjetividade nos variados campos da disciplina jurídica reabre o debate sobre o plano em que as normas devem trabalhar; debates que remontam às origens do direito, mas que ganham nova perspectiva desde a

---

<sup>211</sup> MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 24.

<sup>212</sup> JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2003. p. 118.

confissão de sentimentos e a pluralidade de métodos, de fontes e de agentes econômicos que devem ser coordenados. O direito privado, sob uma lente constitucional, se ocupa de congregar grande parte dessas complexidades jurídicas demonstrando um cenário normativo que – ao menos, aparentemente – se mostra conflitivo<sup>213</sup>.

O diálogo das fontes abre o caminho a uma nova teoria geral do direito<sup>214</sup>. Sua gênese encontra-se ligada aos preceitos da cultura pós-moderna, essencialmente, ao pluralismo e à comunicação.<sup>215</sup> No contexto atual, as fontes não mais se excluem ou se revogam; ao contrário, permitem-se “falar” umas às outras, o que leva a construção de coerência no ordenamento jurídico, cabendo ainda um trabalho dos juristas, no sentido de “escutar” o que esse diálogo quer representar quanto a sua tradução ao mundo fático.

A expressão cunhada por Erik Jayme, que buscou no cenário fragmentado da pós-modernidade estabelecer uma coerência às normas no plano internacional, teorizou acerca da inexistência de conflitos reais no ordenamento jurídico, sendo mera aparência a sobreposição de normas e a implicação de um caráter contraditório que encerre a atividade interpretativa a identificar as antinomias e eliminá-las, utilizando do artifício da exclusão ou revogação normativa.

Segundo o autor, a falta de coerência seria a causa das antinomias que se expressam no aparente conflito de leis no tempo -“direito intertemporal ou transitório”<sup>216</sup>-, da mesma forma que a divisão estanque entre ordens jurídicas autônomas e nacionais atua como motivo do conflito de leis no espaço.

---

<sup>213</sup> “(...) O volume atual de leis, decretos, tratados, supera toda a possibilidade de conhecimento do cidadão comum. O Código já não abrange todas as situações, a legislação especial já não é uma mera ratificação de axiomas codificados. Ao contrário, muitas vezes pretende derogá-los. É difícil estabelecer uma ordem, e mais ainda manter princípios irrefutáveis de base racional. A tarefa do intérprete tornou-se decisiva. Prova disto é o caráter de protagonista que se reconhece ao juiz, assim como o esforço criativo da jurisprudência e da doutrina. A linguagem jurídica contaminou-se de genética, economia, moral, tecnologia, computação, mas é pouco o que exporta para o resto da sociedade.(...)” LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. *Revista dos Tribunais*. vol. 68, p. 212-242, out./dez.2008. DTR\2088\832.

<sup>214</sup> A visão tradicional para a solução de conflitos no ordenamento jurídico era dirigida pelos preceitos de Norberto Bobbio, pautada sob os critérios de anterioridade, especialidade e a preponderante hierarquia. Veja mais em: BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1993.

<sup>215</sup> RAMOS, Fabiana D'Andrea. Transformações do Direito brasileiro: anotações sobre a influência do pensamento de Erik Jayme na doutrina de Claudia Lima Marques. In: CARVALHO, Diógenes Faria de. FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. SANTOS, Nivaldo dos (orgs.). *Sociedade de consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor*. Vol. 3. Goiânia, GO: Editora Espaço Acadêmico, 2017. p.59-69. p.63

<sup>216</sup> MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. (org.). *Dialogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 19-66, p. 43

O diálogo das fontes se associa a uma construção que primou pela visão sistemática e funcional da ordem jurídica, ganhando novas cores aos olhos de Erik Jayme<sup>217</sup>, que complementou a perspectiva, unindo a esta uma visão mais humanista, internacional e cultural do direito:

“[...] a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas. Os direitos humanos, as Constituições, as Convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas estas fontes não se excluem mais mutuamente; elas “dialogam” umas com as outras. Os juízes ficam obrigados a coordenar estas fontes “escutando” o que elas dizem.”<sup>218</sup>

A expressão “diálogo” remete ao fato de que se compõe em influências recíprocas. Admite-se a aplicação conjunta de várias normas, de maneira complementar ou subsidiária, ao mesmo tempo e ao mesmo caso; uma atividade concomitante que não subjugua uma norma a outra com efeito de mera supressão<sup>219</sup>. A harmonização entre as fontes legislativas plúrimas – características, pois, de um sistema que se compadece de fluidez e complexidade – corresponde a atividade que busca reestabelecer a coerência entre as fontes, alcançando sua “ratio”, sua finalidade, homenageando os elementos pós-modernos, dispondo a “narrar” e “comunicar” a sua intenção de aplicação.

A teoria o diálogo das fontes, porém, alcança outros viéses. Sob a construção em vista do ordenamento nacional, implementada por Claudia Lima Marques, atinge a qualidade de um método capaz de compor a aplicação de diversos ramos do direito, importando as bases de conhecimento cunhadas no plano internacional a um cenário nacional que logra de uma descentralização normativa advinda de um longo processo de modificação dos paradigmas sociais e jurídicos. Como resultado, culmina em uma expressiva quantidade de normas a regular situações e sujeitos semelhantes.

Como aponta a doutrinadora “método é o caminho”, enquanto a metodologia se refaz em “uma técnica que generosamente nos guia, nos ajuda a avançar de forma segura, neste esforço de acertar e alcançar uma decisão justa”. Na prática, na doutrina e na assimilação da

---

217 “O fascinante na teoria de Erik Jayme do “diálogo das fontes”<sup>2</sup> é sua força simbólica, de contribuir à aplicação das normas valorativas de direitos humanos e protetivas da condição humana;<sup>3</sup> contribuir à aplicação mais do que contrapor e exaltar o conflito entre direitos.(...)” BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A Teoria do Diálogo das Fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 115. p. 21 – 40, jan/fev, 2018. DTR\2018\8583.

218 JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*. T. 251. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1996. p. 259. Apud: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A Teoria do Diálogo das Fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 115. p. 21 – 40, jan/fev, 2018. DTR\2018\8583.

219 CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria Geral das Relações de Consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014.p.39-40

jurisprudência: o diálogo das fontes se apresenta como direção à composição entre as esparsas normas do direito privado, direito público nacional e internacional para que possam ser aplicadas, simultânea, coerente e coordenadamente<sup>220</sup>.

No Brasil, a difusão da doutrina alcançou desde as mais altas Cortes<sup>221</sup> - em casos que demonstram alta complexidade e repercussão em todo o âmbito jurídico -, até aos Tribunais e Juizados<sup>222</sup>, que utilizam da vertente doutrinária na criação da justiça para o caso concreto, ganhando força como método ao demonstrar sua profundidade científica, ao mesmo tempo que se torna útil e prática aos desafios que o direito contemporâneo se vê incitado a encarar.

A proposta que abarca a teoria, no plano concebido por Erik Jayme, entendia a construção de uma “visão unitária e coerente do direito internacional”<sup>223</sup>, de modo a colocar os direitos humanos como valores maiores dessa ordem, orientando a aplicação das normas aparentemente conflitivas do plano legislativo internacional. Na construção brasileira, a Constituição, os direitos fundamentais, o direito privado e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*)<sup>224</sup> logram esse papel, se posicionando como a base interpretativa aos instrumentos normativos que se busca compor<sup>225</sup>.

<sup>220</sup> MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. (org.). *Dialogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 43.

<sup>221</sup> “Se inicialmente o E. Superior se mostrava resistente à ideia de convivência de fontes como eficácia da proteção constitucional especial aos consumidores, como se observa nos votos vencidos que usaram a expressão em matéria de serviços públicos (REsp 911.802, Min. Herman Benjamin) e do uso do prazo prescricional geral se mais favorável ao consumidor (REsp 782.433, Min. Nancy Andrighi), note-se que a ideia de um “diálogo” de aplicação simultânea do CDC (LGL\1990\40), CC (LGL\2002\400) e leis especiais para realizar, de forma mais eficaz, a proteção do consumidor foi recebida nas decisões mais recentes do E. STJ, em matéria de *leasing* (REsp 1.060.515/DF), de SFH (REsp 969.129/MG), transporte (REsp 821.935/SE), seguros (REsp 403.155/SP), crianças (REsp 1.037.759/RJ), idosos (REsp 1.057.274/RS), bancos (REsp 347.752/SP), incorporação imobiliária (REsp 7474.768/PR), processo civil (REsp 1.241.063/RJ) e serviços públicos (REsp 1.079.064/SP), e a expressão diálogo das fontes já consta de algumas de suas ementas (veja REsp 1.037.759/RJ, REsp 1.060.515/DF e AgRg no REsp 1.196.537).” BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A Teoria do Diálogo das Fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 115, p. 21 – 40, jan/fev, 2018. DTR\2018\8583.

<sup>222</sup> “A expressão “diálogo das fontes” é hoje utilizada fortemente pelos Tribunais estaduais e nos Juizados Especiais para indiciar a aplicação simultânea do CDC, com mais de uma lei geral ou especial, de forma ordenada e coerente com o valor constitucional de proteção do consumidor, seja em casos de compra e venda de imóveis, de alienação fiduciária, de empreitada, de vícios de desconformidade entre projeto informado e construção, de planos de saúde envolvendo idosos (...), de prazo prescricional mais favorável ao consumidor em danos morais e materiais (...)” MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Ted. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 650-651.

<sup>223</sup> MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. (org.). *Dialogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 19-66, 2012, p. 37.

<sup>224</sup> Como vinculação do direito privado aos direitos fundamentais em um plano de eficácia horizontal.

<sup>225</sup> “(...) um conceito de aplicação simultânea e coerente de muitas leis ou fontes de direito privado sob a luz (ou com os valores-guia) da Constituição Federal de 1988. (...) Significando a atual aplicação simultânea, coerente e

O plano de fundo do modelo resgata a análise realizada por Savigny, que propôs um câmbio sob a lógica que procurava a resolução de antinomias de leis no espaço. A pergunta deixa de partir do campo de aplicação territorial ou extraterritorial e passa a ser feita, antes de tudo, à relação privada que se objetiva regular, verificando em que plano se encontra essa relação e quais as regras que lhe são aplicáveis. Transpor essa lógica basilar ao terreno jurídico nacional – em especial, do direito do consumidor - implica em abandonar os questionamentos em torno dos campos de atuação e limites do Código Civil e do CDC que possam estar em confronto; aqui, ambas as leis colaboram com a mesma finalidade, obedecendo ao valor máximo constitucional que orienta a sua atuação no mundo jurídico. Assim, não se trata mais de limitação, mas de ajudas recíprocas entre um e outro diploma, dialogando em busca do mandamento constitucional que realize os valores de proteção e dignidade ao sujeito.<sup>226</sup>

A construção que condiciona a aplicação do método é a de que a consecução de um efeito justo e afinado aos valores positivados constitucionalmente deve se abster da visão de unicidade que delegava às leis compartimentos estanques, encarando que estas podem compartilhar de finalidades e fundamentos similares e, justamente em vista disso, coexistir na busca do resultado que se faça mais justo à lógica que se quer reestabelecer no ordenamento<sup>227</sup>. Ademais, a perspectiva não se resume somente a normas, como também atende a princípios. O diálogo das fontes reconhece a força destes na construção do sistema constitucional, compreendendo o sistema de valores como amparo a resolução dos aparentes conflitos de leis que abalam a coerência do ordenamento.

Como assevera Claudia Lima Marques:

“(...) o diálogo das fontes pode ser usado em várias áreas e disciplinas jurídicas, onde os direitos fundamentais e os valores constitucionais iluminarem a aplicação – simultânea e coerente – de várias fontes. O domínio do método do diálogo das fontes ajuda na escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas “conforme a Constituição”. Evita, assim, a necessidade de um exame concreto de

---

coordenada de plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes mas não iguais” MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 122

<sup>226</sup> MARQUES, Claudia Lima. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 7ed. rev.atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 650-651

<sup>227</sup> MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. (org.). *Dialogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 19-66, 2012, p.55.



inconstitucionalidade de algumas normas, pois a aplicação conjunta e coordenada das fontes tem como consequência a inexistência de lacunas (...).<sup>228</sup>

Nesse sentido, a repercussão da teoria no Brasil ganha, aos cuidados da autora, método que compreende três espécies de diálogos: o diálogo sistemático de coerência; diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade; e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática<sup>229</sup>.

O terreno fértil para o desenvolvimento da teoria encontra-se, primeiramente, centrado no diálogo que possa ser estabelecido entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, vindo a ser adaptado o modelo com vistas à recíproca interferência entre outras fontes normativas, à medida que se amplia o debate e a adoção do diálogo das fontes como método interpretativo pelas Cortes brasileiras.

Com o intuito de chegar à compreensão sobre os recentes avanços na conjugação de normas no plano infraconstitucional, cabe o desenvolvimento mais detalhado acerca de cada um dos diálogos propostos pela eminente jurista.

O diálogo sistemático de coerência<sup>230</sup>, inicialmente, é aquele que tem como pressuposto teórico a noção de que uma lei pode servir de base à aplicação de outra. A base do conceito seria tomada a partir dessa norma. Nesse sentido, se uma lei é central do sistema e a outra se trata de um microssistema específico que não se completa materialmente (necessitando de definições trazidas no corpo de outro diploma para lograr sentido), o diálogo entre essas duas fontes deve ocorrer, servindo a fonte geral como base conceitual ao que se quer preencher no sentido da norma do microssistema<sup>231</sup>.

No diálogo de complementaridade e subsidiariedade<sup>232</sup>, por sua vez, uma lei complementa a aplicação da outra, verificando qual o seu campo de aplicação em face do caso

<sup>228</sup>MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. (org.). *Diálogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012 p.55.

<sup>229</sup>MARQUES, Claudia Lima. *Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”*. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. PASQUALOTTO, Adalberto.(org.) *Código de Defesa do Consumidor e o CC de 2002: Convergências e Assimetrias*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 12-82, 2005. p. 21.

<sup>230</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 758-759.

<sup>231</sup> “(...) No caso, o Código Civil, como centro do sistema de direito privado forma os conceitos básicos para a interpretação e aplicação do direito do consumidor. O que seja responsabilidade civil, prescrição e contrato, define o Código Civil; já a aplicação específica destes institutos, em face da existência de uma relação de consumo, estabelece o CDC”. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73

<sup>232</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 758-759.



concreto, realizando atividade complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber e for necessário à outra norma.

Esse diálogo permite que se utilizem cláusulas gerais de uma lei, por exemplo, de modo a complementar a aplicação normativa de outra lei, mas que não disponham dos mesmos instrumentos que se quer aplicar no caso concreto. É, assim, método o que melhor traduz a superação da clássica teoria do direito quanto a necessidade de ab-rogação ou revogação normativa.

Como coloca Bruno Miragem, “(...)não há necessariamente o afastamento de uma lei, ou a superação por outra, mais nova ou mais especial, senão que estas normas se complementam na aplicação, em vista do caso que se está a decidir.”<sup>233</sup>. Trata-se, pois, de uma complementaridade que visa a preencher possíveis lacunas na tutela a ser dispensada pela norma, caso vista em isolamento.

O terceiro ponto desenvolvido na teoria, o diálogo de coordenação e adaptação<sup>234</sup>, admite a implementação baseada em influências recíprocas e sistemáticas. Uma influência que parte do geral ao específico e do específico ao geral, reciprocamente. O diálogo entre as fontes normativas aqui influencia uma redefinição do âmbito de aplicação da norma específica, na mesma medida em que pode representar a redefinição no âmbito de aplicação da norma geral, considerando que as influências se coordenam em uma via de mão dupla.

O desenvolvimento nacional da teoria pautou-se, inicialmente, em estabelecer a forma em que os diálogos ocorreriam em casos que envolvessem o Código Civil, lei mais recente e com campo aplicação convergente em face do Código de Defesa do Consumidor que já lograva de doze anos desde sua aprovação até a entrada em vigor do novo diploma civil.

Compatibilizar as normas que aparentemente divergiam, exigiu da doutrina trabalho extenso, supondo, inicialmente quais os principais pontos controvertidos entre um e outro diploma. Contudo, a prática dos Tribunais colocou em xeque sempre novas situações concretas, as quais, se veem contempladas em um trabalho do intérprete que aprecia a melhor hipótese na relação, utilizando-se do método que *prima pelo caso a caso*.

O caráter de ordem pública que compreende os regramentos dispostos pelo CDC, traz uma carga de imenso interesse social, que se propõe, portanto, a estabelecer novas soluções

---

<sup>233</sup> MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.73.

<sup>234</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 758-759.

valorativas e deveres ao agente da relação jurídica que, presumidamente, possui condição mais esclarecida e superioridade contratual, devendo arcar com os deveres disso decorrentes.

Como lei que buscou tutelar sujeitos vulneráveis em suas relações no mercado de consumo, compreende um caráter intervencionista que abdicou da tradicional valoração da autonomia da vontade como tópico máximo a ser preservado nas relações privadas. É um produto claro da Era da Descodificação, condensado, porém, em um código.

Toma-se uma noção de codificação aberta no que concerne ao CDC, pois se amolda a novos postulados e aos princípios que surgem na ordem jurídica. Assim, compreende lógica interna, na medida em que indica os objetivos perseguidos na aplicação de suas normas e os princípios que o fundamentam e o conduzem. A ideia de codificação que mantém o CDC transcende a concepção do século XIX, representando uma codificação “subjetivamente específica, uma codificação parcial, uma codificação funcional e aberta”.<sup>235</sup>

Nesse sentido, o CDC, em que pese tratar-se de microsistema, compõe princípios gerais orientadores do direito obrigacional, fazendo caminho inverso ao que, em geral direciona a sistematização das normas. Em face do sujeito a quem se propõe a resguardar – o consumidor –, o CDC irradia para o sistema as condições de aplicabilidade em que as outras fontes podem encontrar espaço, não ignorando as demais leis, regulamentos e princípios que se ocupem da tutela do consumidor. Centraliza, porém, seu diploma como a base de proteção desse grupo social, subordinado, sempre aos preceitos constitucionais.

As primeiras discussões após a entrada em vigor do Código Civil se prestavam a compreender se havia se tratado de uma incorporação do direito do consumidor no bojo do novo diploma, ou ainda, da revogação de alguns dos dispositivos do CDC. O fato é que ambas as normas convergem em torno dos mesmos princípios, como a boa-fé objetiva<sup>236</sup> e a função social dos contratos.<sup>237</sup> Código Civil e Código de Defesa do Consumidor respeitam a mesma teleologia ou função no sistema, facilitando a co-habitação das leis no mesmo sistema jurídico. Bem assim, impende compreender que não há uma colisão entre os campos normativos, à medida que o Código Civil compreende tratamento geral das normas.

---

<sup>235</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 653

<sup>236</sup> “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” (BRASIL. Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.)

<sup>237</sup> “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.)

Enquanto o Código de Defesa do Consumidor cuida de normas especiais, se tratando de um código para “diferentes”, o Código Civil se compõe em uma lei geral e aplicável a “iguais”.

Isso se alinha ao pensamento que orientou o câmbio paradigmático do direito privado, na medida em que o terreno de possível colisão entre normas é verificado com base no sujeito que se encontra no cerne da relação que se quer regular<sup>238</sup>. A localização da relação jurídica, então, dá-se em vista da análise do campo de aplicação subjetivo da lei, desde uma perspectiva que parte do caso concreto. Superado esse tópico, analisa-se, então, se a própria relação jurídica se vê abarcada no campo de aplicação da lei nova ou antiga.

Definir a lei que regula a relação, então, depende tanto da verificação dos sujeitos – ou da dimensão coletiva – envolvida no caso concreto, quanto da relação que se compreende entre esses sujeitos. No caso de relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil encontra campo de aplicação subsidiária<sup>239</sup>, esgotando-se primeiro a aplicação de uma lei, abrindo espaço, no que couber, à aplicação conjunta e subsidiária da outra com conteúdo geral<sup>240</sup>.

Para além do diálogo que se expressou entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, o direito, sob os elementos do pluralismo, logrou o reconhecimento de muitos outros indivíduos que a Constituição Federal subsidiou desde a supremacia de valores consagrados - com primazia à Dignidade da Pessoa Humana. O Código Civil também apontou no cenário do direito privado esses sujeitos, mas foi no plano dos estatutos que estes ganharam uma identidade.

---

<sup>238</sup>“Sendo assim, mesmo que um direito do consumidor, assegurado por norma do CDC, fosse diametralmente conflitante com uma norma do CC/2002 e o seu campo de aplicação individual fosse o mesmo da nova lei (identidade de campos de aplicação individual), não poderia haver revogação ou retirada da norma especial do sistema, pois seu campo subjetivo coletivo sempre seria maior ou plural. Isto porque o CDC tem dimensão coletiva expressa (mesmo sem perder a dimensão contratual)” MARQUES, Claudia Lima. *Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”*. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. PASQUALOTTO, Adalberto.(org.) *Código de Defesa do Consumidor e o CC de 2002: Convergências e Assimetrias*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 12-82.

<sup>239</sup> “Como toda regra tem sua exceção, também no CC/2002 há uma exceção expressa: em matéria de contrato de transporte, o art. 732 prevê a subsidiariedade das leis especiais, mesmo se fonte internacional como a Convenção de Varsóvia. Aqui, prevê-se, pois, a aplicação prioritária das normas do CC/2002, em exceção ao sistema normal, que é de aplicação subsidiária das normas o CC/2002” MARQUES, Claudia Lima. *Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”*. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. PASQUALOTTO, Adalberto.(org.) *Código de Defesa do Consumidor e o CC de 2002: Convergências e Assimetrias*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 12-82, 2005. p. 47

<sup>240</sup> BRASIL. Art. 593, Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

A criança, o adolescente, o idoso, os consumidores e as pessoas com deficiência<sup>241</sup>, reconhecidas no plano do direito privado, se compatibilizam ao câmbio que suportou novo núcleo ao direito privado.

A medida que cada um desses sujeitos logrou ganhar seu próprio espaço normativo<sup>242</sup>, coube ao diálogo das fontes também se ocupar de regulamentar as relações que ultrapassam o caráter subsidiário que ressaí do Código Civil na relação com a disciplina de Direito do Consumidor, requerendo que se olhe além dos limites tradicionalmente constituídos, em que ocorriam as antinomias normativas, em face da complexidade legislativa que busca tutelar de forma plena essas novas categorias e acaba proliferando o campo de leis em torno desses sujeitos.

Os diálogos, na releitura implementada pela jurista brasileira, podem também coordenar a atuação de fontes que tenham esse mesmo *status* infraconstitucional - editados na forma de Estatutos que estabeleçam novas identidades a esses sujeitos - construindo um sistema de garantias permeado pelos valores que condicionaram a existência como núcleo protetivo do direito privado contemporâneo.

A pessoa com deficiência recentemente ganhou essa identidade da disciplina jurídica. Todo um contexto de alijamento social e paternalismo estatal foi aos poucos sendo convertido em reconhecimento desses sujeitos como dignos de uma tutela que corresponda à proteção na mesma proporção em que garanta a autonomia.

O reconhecimento internacional dos direitos da pessoa com deficiência em Convenções foi abraçado pela legislação nacional, que não só internalizou as normas com status constitucional, como também culminou na edição de um Estatuto (Lei n. 13.146/2015) consolidando o viés social em torno do sujeito, como indivíduo a ser protegido pelo Estado e pela sociedade, que merece ser integrado, e para isso, deve dispor de seu âmbito privado de liberdades.

---

<sup>241</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 183

<sup>242</sup> “Surgem novas pautas de atuação, que compreendem a pluralidade e diversidade dos movimentos sociais, tais como o movimento de valorização da condição feminina, os movimentos antidiscriminatórios voltados aos direitos de grupos étnicos, as entidades em defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, idosos, pessoas portadoras de deficiência, meio ambiente, moradia, terra, saúde, entre outros. Testemunha-se o que Norberto Bobbio denomina de “especificação do sujeito de direito”, com a transição do sujeito de direito abstrato e genérico, para o sujeito de direito especificado, categorizado, sob as perspectivas temáticas, por meio de parâmetros referentes a gênero, etnia etc.” PIOVESAN, Flávia. FREITAS Jr, Antônio Rodrigues de. Direitos Humanos da era da globalização: o papel do 3º setor. *Revista de Direito do Trabalho*. v. 105, p.78-88, jan./mar. 2002.DTR\2002\676

Em nome disso, cresceram os debates em torno do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No centro desses debates, a questão da capacidade da pessoa com deficiência - como anteriormente já exposto neste trabalho, foi objeto de controvérsias e de especulações quanto a efetividade protetiva que o novo regime poderia dispor ao sujeito em diversas situações - essencialmente em se tratando de pessoa com deficiência mental que não disponha do discernimento mínimo necessário à prática de atos complexos, como contratos, por exemplo.

O ponto de toque com a disciplina do direito do consumidor encontrou aqui sua diretriz.

A lei 13.146/2015, que estabelece os direitos atinentes à pessoa com deficiência, atende a valores sociais e busca promover a lógica de que esses sujeitos são autônomos, livres e devem dispor das mesmas garantias e direitos que qualquer outra pessoa. Com esse viés, o que o Estatuto pretendeu foi desconstruir o caráter negativo que orientou a tutela da pessoa com deficiência ao longo da história jurídica<sup>243</sup> e, como via de acesso, utilizou-se da lei, declarando a plena capacidade civil da pessoa com deficiência para exercer os atos da vida civil (art. 6º Lei n.13.146/15)

A repercussão desse posicionamento vem sendo significativamente sentida em diversas áreas do direito, principalmente no que atine à disciplina do Direito de Família e Sucessões, sobre a qual o rol foi categórico em declarar a capacidade para casar ou constituir união estável, decidir sobre número de filhos, constituir família e realizar a adoção de crianças<sup>244</sup>.

É nítido que as conquistas que o Estatuto consignou abriram as portas da valorização existencial da pessoa com deficiência, sem maiores necessidades de aferição disso dentro de um sistema: a lei reproduz, por si, um caráter social e integrativo. Todavia, “a emancipação insuficiente”, nas linhas da crítica realizada por Fernando Martins, corresponde a essa falta de razoabilidade do ordenamento em homogeneizar cegamente à condição de deficiência funcional pessoas com deficiência física – com plenas faculdades mentais e discernimento - e pessoas com problemas de ordem mental, que possam se auto prejudicar ante a inabilidade no trato com situações de maior complexidade.

O debate crítico apontado neste trabalho busca demonstrar, em linhas gerais, a implicação que há entre o sentido patrimonial e o existencial, na medida em que o primeiro

---

<sup>243</sup> Sobre o tema da capacidade da pessoa com deficiência e seu histórico, leia mais em: NUNES, LYDIA NEVES BASTOS TELLES NUNES. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. *Revista do Instituto dos advogados de São Paulo*. v. 18, p. 170-186. jul./dez. 2006

<sup>244</sup> BRASIL. Art. 6º. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

sustenta muitos dos aspectos que tangem à dignidade, ao bem-estar e à saúde do sujeito em uma sociedade que se movimenta pelo consumo de bens e acesso a serviços. Entendido isso, desponta que o reconhecimento da capacidade civil da pessoa com deficiência mental pode acabar sendo instrumento para favorecer a disseminação de práticas abusivas em desfavor desse grupo, arrefecendo o fundo axiológico que consagrou o Estatuto.

Esse primeiro plano normativo, coloca luz sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Civil.<sup>245</sup>

De fato, o diálogo que se estabeleceu entre esses dois diplomas indicou um recorte sobre os princípios, que dão as balizas do Código Civil de 2002 como um instrumento do direito privado solidário. Isso porque, o tratamento dispensado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é categórico no aspecto subjetivo e, na medida em que o Código Civil apresentava normas que referenciavam o mesmo campo de aplicação sobre o mesmo sujeito, o procedimento que orientou a atuação do legislador foi a técnica tradicional de derrogar uma norma em substituição de outra, suprimindo a pessoa com deficiência do rol de incapacidade relativa e absoluta no âmbito da lei geral, ou seja, no corpo do Código Civil.

Por outro lado, ao Código de Defesa do Consumidor restou pendente trabalhar com essa possível taxatividade em torno da condição de “vulnerável”, tendo em vista que o Estatuto designa em apenas três situações em que a pessoa com deficiência atrai essa condição, não sendo qualquer uma das menções ao mercado de consumo e à condição dessa pessoa como consumidora.

Ou seja, as premissas de que parte essa análise considera que (i) há uma capacidade civil plena consolidada à pessoa com deficiência mental desde a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência<sup>246</sup> (em que pese falta de instrumentos ou avaliação prévia que estabeleça um controle, mesmo que em abstrato, a esse grupo dentro da categoria que abrange os deficientes funcionais); (ii) ainda, a mesma legislação que abre esse espaço de autonomia “fecha” o rol acerca da vulnerabilidade, deixando de mencionar se cabe tratar, a partir do Estatuto, alguma redução na tutela da pessoa com deficiência quando se trata de seu *status* no mercado de consumo.

---

<sup>245</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016. DTR\2016\4625.

<sup>246</sup> MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016. DTR\2016\4625

Logo, a interpretação que se quer estabelecer aqui é sobre duas leis no âmbito infraconstitucional (Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Defesa do Consumidor) e se há, de fato, um diálogo entre elas acerca do tratamento da vulnerabilidade (art. 10, parágrafo único, do Estatuto e art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor).

O direito privado coloca a vulnerabilidade como característica que prescinde de comparação, pois sua função é, a partir da diferença, realizar a inclusão. Nas relações de consumo, como já se retratou, a dimensão dessas fragilidades é sopesada desde uma gradação da vulnerabilidade à alguns sujeitos, de modo que “os limites de autodeterminação e a liberdade pessoal são ponderados em vista à proteção da dignidade e integridade do deficiente”<sup>247</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor não faz uma reivindicação de exclusividade dos direitos<sup>248</sup>; há espaço para que as outras normas - como é o exemplo da proteção concedida ao idoso e a criança - tantas quantas forem, componham-se no intuito de dispensar a tutela mais efetiva ao consumidor<sup>249</sup>. Muda a perspectiva, no entanto, se os valores e paradigmas que surgem de fontes diversas, se dignam a reduzir o patamar que tutela que o Código, como microssistema, se encarrega de garantir.

Prima-se, nesses casos, pelo Código de Defesa do Consumidor como assegurado<sup>250</sup> do mandamento constitucional que coloca a proteção ao consumidor como elementar, retomando a ideia de centralidade desse sujeito nas relações que remetam ao seu microssistema. Nesse discurso, atende o diálogo das fontes, ao compreender pela impossibilidade de aplicação do método a casos que importem ao consumidor uma tutela mais permeável e menos efetiva.

---

<sup>247</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>248</sup> BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>249</sup> BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018. Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

<sup>250</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 654-666



A pessoa com deficiência, pois, tem reconhecida a noção de hipervulnerável pelo direito do consumidor, em vista da conjugação entre as fragilidades que lhe são inerentes e aquelas que se desenvolvem frente aos riscos da sociedade de consumo<sup>251</sup>.

O choque que aponta o (aparente) conflito de normas, pede que se coordenem as fontes. Coordenar, desde a perspectiva do Estatuto - que restringe o senso de interpretação da vulnerabilidade a casos concretos - ou daquela inserida pelo Código de Defesa do Consumidor que dispõe pela presunção absoluta de vulnerabilidade a todos as pessoas na condição de consumidoras?

Pois bem: a utilização do diálogo das fontes pede que verifique, inicialmente, qual o sujeito sobre o qual há uma incursão de normas, visto que todas as leis que se aproximam para esse “diálogo” são “válidas” e devem ter alguma eficácia, mesmo que auxiliar<sup>252</sup>. A teoria, todavia, concede maior “brilho” à norma que melhor concretiza os princípios de direitos humanos e, no direito nacional, da Constituição:

“(…) Se os campos de aplicação *ratione materiae* e *ratione personae* são ora coincidentes, ora divergentes, não há interesse do sistema na decretação da perda de vigência de uma das normas – ao contrário, a sobrevivência de ambas é essencial ou estaremos criando uma lacuna não querida no ordenamento jurídico. (...)”<sup>253</sup>

Na conjugação das normas que tratam da condição de (hiper)vulnerabilidade da pessoa com deficiência no mercado de consumo, partindo-se das premissas anteriormente colocadas, há de se perceber que as leis especiais, de fato, não se confrontam. O âmbito de aplicação de compete ao Código de Defesa do Consumidor e ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, em que pese abarquem normas que visam a tutela do mesmo sujeito, o fazem em situações distintas, sendo perfeitamente possível falar em um diálogo de complementariedade e subsidiariedade entre as normas quando o objeto da proteção é esse sujeito – tutelado por ambas as leis - na posição de consumidor – tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>254</sup>.

O entendimento que resolve a controvérsia entre as normas toma como base que o Código de Defesa do Consumidor, como microsistema e com caráter de ordem pública, tem forma atrativa às outras normas que visem a regular o consumidor nas suas relações de

---

<sup>251</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberto. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010. DTR\2010\788.

<sup>252</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 668

<sup>253</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 668

<sup>254</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 655-660

consumo. Outrossim, a pessoa com deficiência não é considerada hipervulnerável em vista da sua capacidade ou incapacidade para realizar operações – em que pese a questão da autonomia da vontade, a partir das modificações em torno desse regime, possa suscitar maiores debates que devem instigar a investigação do tema, especialmente, na seara contratual-; primeiramente, a sua vulnerabilidade decorre da mesma face que atinge a todos os demais consumidores – a condição de ser humano, de estar fragilizado perante uma lógica massificada e apelativa que suscita pressões em vista do consumo.

Ato contínuo, a densificação do conceito, em tratá-la como hipervulnerável, traz consigo a ideia de que esse sujeito suscita maior tutela do direito do consumidor em vista das barreiras que o próprio mercado de consumo apresenta a este grupo, como as barreiras à acessibilidade a produtos e serviços. Ou seja, não é uma questão associada à pessoa com deficiência, mas decorrente da sua interação com um meio que ainda não comporta e não atende de forma homogênea as suas demandas. Isso a faz vulnerável em maior escala quando em interação com o mercado consumerista.

Assim, o método sistemático de complementariedade e subsidiariedade<sup>255</sup> é o que melhor representa o diálogo capaz de se estabelecer entre as duas normas. Considerando que induz à complementação da *ratio* de uma norma por outra, dirimindo as antinomias que antes se deslindavam em ab-rogação normativa, logra a manutenção incólume da proteção dispensada à pessoa com deficiência no mercado de consumo na medida que toma o conceito dispensado pelo Código de Defesa do Consumidor, dado o campo de aplicação normativa, e admite a complementação com os valores indicados pelo Estatuto da Pessoa com deficiência.

Ou seja, a indicação do art. 10, parágrafo único, do Estatuto não apresenta interferência sobre a condição desse sujeito enquanto indivíduo atuante em relações jurídicas com o viés consumerista, inalterando a tutela dispensada pelo Código de Defesa do Consumidor, à medida que o microsistema já condensa a melhor proteção ao sujeito e o faz no terreno próprio de aplicação. Disso, serve-se o Código das bases valorativas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, podendo não só conjugar uma tutela mais efetiva, mas também aquela alinhada com valores que respeitam a dignidade e a individualidade da pessoa com deficiência.

---

<sup>255</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A Teoria do Diálogo das Fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. Revista de Direito do Consumidor, v. 115. p. 21 – 40, jan/fev, 2018. DTR\2018\8583.

Bem assim, o diálogo das fontes se mostra elemento capaz de reestabelecer a coerência normativa e, sobretudo, permitir que a tutela em torno da pessoa hipervulnerável não seja mitigada. O plano estatuído pelo Estatuto, todavia, sugere grande homenagem à pessoa humana e elogia a diferença não devendo ser relegado; nesse sentido, se constitui em importante diploma jurídico que, harmonizado e dialogado com as demais fontes que permeiam o ordenamento, se faz imprescindível à valorização da identidade e da existência da pessoa com deficiência, na construção da igualdade com alma e com calma, pautado nos valores da solidariedade.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mudanças sensíveis se proliferaram no bojo do direito privado.

O modelo liberal, que durante muito tempo orientou a disciplina, pautava-se pela essencialidade do patrimônio. A ideologia do Código Civil Brasileiro de 1916 seguia essa diretriz, direcionando a produção normativa, essencialmente, à tutela patrimonial dos sujeitos. As heranças liberais adotavam um indivíduo que somente interessava ao direito quando titular de relações que ou adentravam a seara contratual, ou admitiam um tráfego acerca de propriedade.

A convergência a um centro normativo era a marca do modelo liberal no campo jurídico. A visão que imperava era de que as leis já editadas se faziam suficientes a regular as relações e o Código Civil se compreendia como um “código para iguais”. A igualdade nesse modelo social abstraía da realidade dos sujeitos e considerava realizado o ideal de justiça na medida em que a “igualdade perante a lei” prevalecesse.

Em contraposição à superficialidade do conceito de igualdade moderno, a autonomia da vontade tinha seu espaço maximizado nesse modelo. O valor da liberdade e da racionalidade eram supremos, delegando às partes amplos poderes de atuação, enquanto ao Estado cabia tão somente refrear ilícitos e prezar pela segurança jurídica, sem subsídio que pautasse a intervenção como meio de reequilibrar as relações estabelecidas entre particulares.

A falha nas estruturas sociais do Estado mínimo, acabou por dar ensejo a um movimento que pugnou pelo dirigismo contratual. Com isso, a transcendência e a permeabilidade entre o Direito Público e o Direito Privado começou a ocorrer, abandonando a lógica estanque que até então mantinha cada seara completamente apartada uma da outra.

Nesse mesmo momento, a complexidade das relações indicou os novos paradigmas dessa sociedade, apontando em direção a um novo momento, que se converte, pois, na Pós-modernidade.

A noção de uma era social guiada por elementos de Pluralismo, Narração, Comunicação e pelo retorno de uma emocionalidade ao discurso jurídico, cria novos contornos à igualdade e a constitui como o “direito à diferença”, desde uma perspectiva que valoriza a subjetividade e a dignidade do sujeito.

A identificação de novos sujeitos de direitos, pois, ocorre aqui. A criança, o idoso, a pessoa com deficiência: todos têm suas posições jurídicas reconhecidas no ordenamento e

ganham visibilidade, a partir da lógica pós-moderna que resguarda os direitos humanos como único corpo hígido ante a fragmentação dessa era.

No Brasil, a repercussão da pós-modernidade atinge o âmbito normativo e incita a chamada “Virada Copernicana”, retirando do Direito civil a força centrífuga de eixo do ordenamento, abandonando de vez o mito da completude. A partir disso, a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico e a dignidade da pessoa humana designa o plano de atuação do direito civil solidário que se quer implantar.

A congregação desses fatos lega ao direito a constitucionalização das normas, promovendo uma releitura dos institutos de direito privado desde uma perspectiva que o despatrimonializa e o centra sob o sujeito, num movimento de repersonalização da disciplina jurídico-privada. Esse câmbio valorativo e qualitativo no campo da disciplina jurídica dá novo enfoque sobre as relações e desperta no direito privado a necessidade de promover uma tutela diferente no que concerne aos valores existências de cada sujeito e na medida em que cada um desses sujeitos seja, de fato, diferente entre si.

A disciplina passa dar grande relevância à fragilidade que se faz natural e coloca certos indivíduos em especial desvantagem, sendo necessária a designação de instrumentos que resguardecem os aspectos sensíveis da esfera de direito destas pessoas. Nesse sentido, a preocupação com a Pessoa com Deficiência toma duas dimensões: a tutela de seus direitos por um lado e a construção de uma identidade que consiga assegurar-lhe uma condição digna, por outro.

Os trabalhos aqui desenvolvidos apontaram que, na busca por essa construção, de direitos e de uma integração social, o histórico que compreendeu a pessoa com deficiência foi bastante hostil, compreendendo desde um alijamento social até uma política assistencialista que retirava completamente a autonomia do indivíduo. Novos valores em torno desses sujeitos vieram a se consolidar apenas muito recentemente, desde a adoção dos preceitos que a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência consolidou no plano internacional e o Estatuto, na forma da Lei n. 13.146/2015, no plano nacional, homenageando valores constitucionais e de direitos humanos.

O principal desafio na compatibilização das novas disposições do Estatuto apontava para a mudança no Regime de Capacidades, que retirou limites que o Código Civil de 2002 constituiu em torno da pessoa com deficiência mental, culminando em críticas e em apontamentos que indicavam uma “emancipação insuficiente” do sujeito com deficiência. Outrossim, a “taxatividade” em torno da questão da vulnerabilidade despertou considerações

precipitadas e debates que questionavam quanto à retroação da proteção dispensada a esses sujeitos em planos normativos como o do microssistema de direito do consumidor.

Nos breves apontamentos realizados, com fulcro na doutrina mais recente e em torno da construção que permeou o *status* atual de proteção dispensado à pessoa com deficiência, foi possível concluir que o objetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi, tão somente, constituir novos direitos e garantir que essas pessoas tenham seus espaços de voz e atuação. O Estatuto apresenta-se como base para a construção de uma dignidade ao sujeito com deficiência, abdicando de categorizações e fomentando uma perspectiva da deficiência como uma questão social, em que as barreiras à inclusão não se encontram no indivíduo, e sim na sociedade que não se adapta para eliminá-las.

As premissas que orientaram o presente estudo partiam da concepção de que, existindo uma ampla disposição patrimonial e uma limitação quanto às hipóteses de vulnerabilidade, em uma conjuntura que favorece práticas abusivas no mercado de consumo - pautadas em uma massificação excessiva e em uma objetificação das pessoas - a falta de discernimento à pessoa com deficiência, essencialmente com deficiência mental, consignaria processo reverso da lógica que o EPD quis implementar, na mediada em que deixava ao arbítrio das boas práticas de mercado o trato correto com a pessoa que não lograsse de perfeitas condições para aferir os efeitos das operações de consumo.

Contudo, o estudo realizado no âmbito do diálogo das fontes iluminou o debate, permitindo concluir que o campo de atuação de ambas as leis converge, mas difere. Uma se digna a proteger a pessoa com deficiência, sujeito que, de fato, necessitava de instrumentos que o reconhecesse como parte, como indivíduo integrado. A outra, se refazendo no Código de Defesa do Consumidor, logra de sistema próprio e, em que pese dispense preocupação diferida a alguns sujeitos em face das características próprias, tem sua base voltada a proteção de qualquer pessoa que venha a sujeitar-se à posição de consumidor; posição da qual ressaí um desequilíbrio latente e que, nesse sentido, constrói uma presunção absoluta de vulnerabilidade à pessoa com deficiência e a todos os demais consumidores.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Mona Liza. **The Barnum & Bailey**: Um mergulho nas bizarrices do circo dos horrores. 01 set. 2015. Disponível em: <<http://universoretro.com.br/freak-shows-um-mergulho-nas-bizarrices-do-circo-dos-horrores-do-seculo-19/>>. Acesso em: 19 jun. 2018.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. O Direito Civil na pós-modernidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (coords.). **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61-77.
- ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. Incidência da Constituição no direito privado. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, n. 50, p. 47-60, 1994.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus reflexos da ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. – 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016
- AZEVEDO, Fernando Costa de. O Reconhecimento jurídico da hipervulnerabilidade de certos grupos de consumidores como expressão de um sentido material de justiça no contexto da sociedade de consumo contemporânea. In: I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica. 2012. **Anais do I Seminário Internacional Imagens da Justiça, Currículo e Educação Jurídica**. Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, 2012. Disponível em: <<http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT%207/GT%207%20-%20AZEVEDO,%20Fernando%20Costa%20de.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, n. 38, p. 717-734, ago. 2011. DTR\2012\688
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. **A Teoria do Diálogo das Fontes e seu impacto no Brasil**: uma homenagem a Erik Jayme. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 115. p. 21 – 40, jan/fev, 2018
- BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e seus direitos ao alcance de todos**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli, 1993.
- BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 2, p. 7-51, abr./jun. 1992.



BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Planalto.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. **Planalto.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Planalto.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 24 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 586.316/MG.** Recorrente:

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA – Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 14 abr. 2007.

Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=200301612085&aplicacao=processo\\_s.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200301612085&aplicacao=processo_s.ea)>. Acesso em: 26 jun. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1942.

CASTRO, Julia Ribeiro de. SOUZA, Thiago Andrade. "A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais" In: SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. (org.) **Direito Civil Constitucional.** vol.1. São Paulo: Atlas, 2016. p. 157-188

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAUÍ-BERLINCK, Luciana. O acompanhamento terapêutico e a formação do psicólogo: por uma saúde humanizada. **Arquivos Brasileiros de Psicologia,** Rio de Janeiro, v. 62, n. 1, 2010. Disponível em: <<http://seer.psicologia.ufrj.br/index.php/abp/article/view/530/397>>. Acesso em: 20 maio 2018.

CUENTOS GONZALES, Glenda. **Discriminación de las personas con enfermedad mental.**

Disponível em:

<<http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/18006/7/TFM%20Cuetos%20Gonzalez%20%20Glenda.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

D'AQUINO, Lucia Souza. Os regimes de capacidade de fato: desafios do novo direito das pessoas com deficiência. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro/SP, v. 5, n. 2, p. 771-792, 2017.

D'AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e Publicidade: Hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60.

FATOS CURIOSOS. **7 pessoas com deficiência que eram expostas nos circos do passado**. 14 out. 2015. Disponível em: <<https://www.fatosdesconhecidos.com.br/7-pessoas-com-deficiencia-que-eram-expostas-nos-circos-do-passado/>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

FOUCAULT, Michael. **A História da Loucura**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – parte geral**. Editora Saraiva, 2010. P 41

DICIONÁRIO DO AURÉLIO. **Verbetes: Capacidade**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/capacidade>>. Acesso em: 29 maio 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **O Direito Civil – parte geral**. P 40

GONÇALVES, Tamara Amoroso. A proteção à vulnerabilidade infantil frente à comunicação mercadológica. In: PEREIRA, Tânia da Silva. Cuidado e **Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p.17-36.

GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 282-288.

INSTITUTO NACIONAL PARA A REABILITAÇÃO. **Desenho universal**. 13 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.inr.pt/content/1/5/desenho-universal>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, 2003.

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A Proteção da Pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 147-153, 2003.

JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 99, p. 101-123, maio/jun. 2015.

LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. São Paulo: Ícone, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (orgs.) **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 83-130.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. **Revista dos Tribunais**. vol. 68, p. 212-242, out./dez.2008

MACHADO NETO, Antônio Luis. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: studium generale sobre o consumidor como homo novus. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, n. 85, p. 25-63, jan./fev. 2013.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010

MARQUES, Claudia Lima. Contratos Bancários em Tempos Pós-modernos: primeiras reflexões. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, p. 19-38, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, p. 64-86, abr. 1997.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord). **Diálogo das fontes**: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. PASQUALOTTO, Adalberto.(org.) **Código de Defesa do Consumidor e o CC de 2002: Convergências e Assimetrias**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 12-82

MARTINS, Fernando. A Emancipação insuficiente da Pessoa com deficiência e o Risco Patrimonial ao novo emancipado na Sociedade de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MUCELIN, Guilherme. “A Fraternidade como meio de reconhecimento da vulnerabilidade existencial no direito contemporâneo” In: MUCELIN, Guilherme; MARTINI, Sandra Regina. **O direito entre a fraternidade e a complexidade: a transdisciplinaridade e o direito**. Porto Alegre, 2018

NALIN, Paulo. **O contrato pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79

NINA RODRIGUES, Raimundo. **O alienado no Direito Civil Brasileiro**. Biblioteca Pedagógica Brasileira, v. 165. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/o-alienado-no-direito-civil-brasileiro>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberto. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 170-186, jul./dez. 2006.

PASQUALOTTO, Adalberto. Conceitos Fundamentais do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 666. p. 48-53, abr. 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 2, n. 8, p. 129-164, dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coords). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. FREITAS Jr, Antônio Rodrigues de. Direitos Humanos da era da globalização: o papel do 3º setor. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 105, p.78-88, jan./mar. 2002.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Transformações do Direito brasileiro: anotações sobre a influência do pensamento de Erik Jayme na doutrina de Claudia Lima Marques. In: CARVALHO, Diógenes Faria de. FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. SANTOS, Nivaldo dos (orgs.). **Sociedade de consumo: Pesquisas em Direito do Consumidor**. Vol. 3. Goiânia, GO: Editora Espaço Acadêmico, 2017. p.59-69

REALE, Miguel. Anteprojeto do Código Civil (1972). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 9, n. 35, p. 3-24, jul./set. 1972. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180616/000346063.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 maio 2018.

RIBEIRO, Júlio de Melo. Interpretação conforme à Constituição: a lei fundamental como vetor hermenêutico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184, p. 149-170, 2009.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de. **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1-24.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan (org.) et al. **Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35-58.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Direito Civil Constitucional.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil**. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/historia-do-movimento-politico-das-pessoas-com-deficiencia-no-brasil>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 8, p. 146-156, 1993.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Marchas e contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República.** (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 80, p. 277-334, 2011